

الدكتور محمد عبد المنعم بدر

أستاذ القانون الروماني

بكلية الحقوق

# القانون الروماني

الكتاب الثاني

في

الأموال

القاهرة

مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر

١٩٣٨

اهداءات ٢٠٠١

ا.د/ المرحوم زكى على

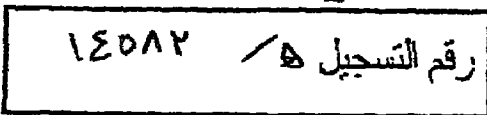
القاهرة

# الكتاب الثاني

في

## الأموال

- الأشياء . الملكية ووضع البدع على الأشياء المادية .
- صور الملكية المختلفة . أسباب اكتساب الملكية .
- دعوى الاسترداد ودعوى الملكية البروتورية .
- حقوق الارتفاق .





# مقدمة

## في الأشياء والثروة أو الذمة

### § ١ - في تعريف الأشياء وأقسامها

١٩٢ - تعريف الشيء والمال : الشيء (res, chose) هو كل ما هو موجود في الكون ، سواء كان من الأشياء الجامدة أو الأشياء الحية ، على أن له فائدة للإنسان . والمال (bien) ، ويطلق عليه في القانون الروماني لفظ (res) أيضا ، في اصطلاح القانون هو كل شيء نافع للإنسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره ، وبعبارة أخرى يملكه . وليس كل شيء مالا ، لكن كل مال شيء ، فالشيء جنس والمال نوع منه . فكل ما هو كائن في الوجود شيء كذا الشمس والقمر والهواء والبحار والأنهار والنبات والإنسان والجماد . وكلها نافعة للإنسان لكنها لا تعد مالا ، إذ المرء لا يستأثر إلا بالقليل منها وهذا هو المال .

ويقسم القانون الروماني الأشياء إلى قسمين :

( ١ ) أشياء داخلة في دائرة التعامل (res in commercio) .

( ٢ ) أشياء خارجة عن دائرة التعامل (res extra commercium) .

١٩٣ - أدرس : الأشياء الخارجة عنهم دائرة التعامل (res extra comm-

ercium) : هي الأشياء التي لا يمكن أن تكون موضوع تصرف قانوني وبالتالي لا يمكن امتلاكها أو أن تكون محل ملكية فردية . وهذه الأشياء يمكن تقسيمها تقسيما ثانويا إلى :

١ - أشياء خارجة عن دائرة المعاملات لتعلق حتى الآلهة بها (res divini

juris)

٢ — أشياء خارجة عن دائرة المعاملات لتعلق حق العباد بها (res humani juris).

فالأولى هي : (أ) الأشياء المقدسة (res sacræ) وهي المخصصة لعبادة الآلهة العليا (dii superi) مثل الهياكل والمعابد وأدوات العبادة .  
(ب) والأشياء الدينية (res religiosæ) وهي المخصصة للآلهة الدنيا (dii inferi) ، وهم آلهة المنزل من الأجداد والأسلاف ، ومثلها المقابر . فالأرض التي يوجد بها القبر تصبح دينية ونخضع بذلك لقواعد خاصة ، فلا يمكن الاعتداء عليها ولكل فرد رفع دعوى انتهاك حرمة القبور على من يعتدى عليها .  
(ج) ويضاف إلى هذين النوعين الأشياء المحروسة أو المحمية (res sanctæ) وهي ، وإن لم تكن مخصصة للآلهة ، كان لها صبغة دينية . مثل أسوار المدينة وأبوابها وحدود الحقول في العهد الوثني .

والثانية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

(أ) الأشياء الشائعة (res communes) : وهي الأشياء غير المحوزة المباحة بطبيعتها للكافة ، ولذلك لا يمكن أن تكون محل ملكية فردية مثل الهواء والضوء وحرارة الجو والبحار وشواطئها .

(ب) الأشياء العامة (res publicæ) : وهي المملوكة للشعب الذي تمثله الدولة . ولذلك كان لكل فرد حق الانتفاع بها مثل الأنهار وشواطئها والطرق العامة والعبود العموميين ، ويحرم على أى فرد امتلاكها لأنها خدست للمنفعة العامة .

(ج) الأشياء المملوكة للجماعات أو الأشخاص المعنوية (res universitatis) مثل الأموال المملوكة للمدن ، فلكل مدينة أموال عامة مثل المسارح والملاعب والحمامات والميادين العامة .

١٩٤ — ثانيا : **الأشياء الدافئة في المعامير** ( *res in commercio* ) :  
وهي الأشياء التي يمكن أن يملكها الأفراد ، وتقدر قيمتها ماليا وهي الأموال  
بالمعنى الصحيح .

وقد قسم الرومان هذه الأموال إلى تقسيمات عدة نقلناها عنهم أهمها ما يأتي :  
١٩٥ — **التقسيم الأول : تقسم الأموال إلى منقولة ( *meubles* ) وثابتة**  
**أو عقار ( *immeubles* )** : فالمنقولة هي الأموال التي يمكن نقلها بدون تلف  
أو ضرر كاللدواب والرقيق . والأموال الثابتة ، أو العقار هي الأرض وملحقاتها  
من الأشجار والمباني القائمة عليها .  
وتظهر فائدة هذا التقسيم في مواضع شتى أهمها :

( ١ ) في الوصاية : فلا يجوز للوصي كقاعدة عامة أن يتصرف في العقار<sup>(١)</sup> .  
( ٢ ) في وضع اليد المكسب للملكية : إذ تختلف المدة المقررة لاكتساب  
الملكية بالتقادم بحسب ما إذا كان المال منقولاً أو عقاراً ، فهي في الألواح الاثني  
عشر سنة للمنقول ، وستان للعقار . وقد عدل جستنيان هذه المدة فجعلها ثلاث  
سنوات في المنقول وعشر سنين أو عشرين سنة في العقار بحسب الأحوال كما سيأتي  
بيان ذلك عند الكلام على التقادم .

( ٣ ) فيما يتعلق بطرق حماية وضع اليد : إذ تختلف الاجراءات ونوع الحماية  
باختلاف نوع المال .

( ٤ ) في حقوق الارتفاق : فحقوق الارتفاق العينية مقصورة على الأموال  
الثابتة أو العقار .

١٩٦ — **التقسيم الثاني : أموال تقيسة ( *res Mancipi* ) وغير تقيسة**  
**( *res nec Mancipi* )** : فالأموال النفيسة هي ، كما يعرفها ( *Gaius* ) ، التي تنتقل  
الملكية فيها بالاشهاد ( *Mancipatio* ) وتشمل العقارات الايطالية وحقوق

---

(١) راجع ما سبق نبذة ١٥٠ ص ٩٢ و ٩٣ .

الارتفاق الزراعية المقررة عليها والرقيق ودواب الحمل والجر . وما عدا هذا من الأموال فهو غير نفيس .

نلاحظ من هذا التعداد للأشياء النفيسة أن أكثرها من الأراضي الزراعية والأشياء اللازمة لاستغلالها . وهذا يرجع إلى أن روما في عهدها الأول كانت بلداً زراعياً بحتاً ، فالقانون القديم لم يدخل في الأموال النفيسة إلا ما كان منها لازماً أو مفيداً لزراعة الأراضي الرومانية واستغلالها<sup>(١)</sup> .

أما الأموال غير النفيسة فتشمل الأراضي الخارجة عن إيطاليا ، أى الأراضي الإقليمية ، وحقوق الارتفاق المقررة عليها ، وتشمل أيضاً المنقولات بوجه عام كالغلال والنقود والحيوانات الأخرى غير حيوانات الجر والحمل كالأغنام والمعز ، وتشمل أيضاً بعض حيوانات تستخدم في الحمل والجر ، ولكنها كانت مجهولة في العهد القديم من الرومان كالابل والفيلة ، والسبب في اعتبارها من الأموال غير النفيسة يرجع إلى أن نشوء هذا التقسيم كان سابقاً على تاريخ استخدام الرومان للحيوانات المذكورة .

وتظهر فائدة هذا التقسيم في طرق نقل الملكية الاختيارية . فالأموال النفيسة لا يمكن تملكها إلا بأحد طريقين ، الأشهاد ( *mancipatio* ) والدعوى الصورية ( *in jure cessio* ) . أما الأموال الأخرى فكان يكفي الاتفاق على نقل الملكية مضافاً إليه التسليم ( *traditio* ) حتى تنتقل ملكيتها .

كذلك كان للمرأة البالغة حق التصرف في أموالها غير النفيسة بمفردها ، ولكن لم يكن لها ذلك في أموالها النفيسة إلا بإجازة وصيها<sup>(٢)</sup> .

وقد بقي هذا التقسيم حتى عصر جوستينيان . إلا أنه فقد كثيراً من أهميته تدريجاً كنتيجة لامتداد فتوح روما واتساع تجارتها مع ولاياتها المختلفة ، مما أدى

---

(١) انظر حكمة هذا التفريق بين الأشياء في جيار، الطبعة الثامنة ، سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٢٢ . ومونييه ، طبعة سنة ١٩٣٥ ، ج ١ ، ص ٤١٨ .

(٢) راجع ما سبق نبذة ١٦٣ .



إلى ظهور صور جديدة للثروة ، تتجه نحو الثروة المنقولة ، الأمر الذى حمل ذلك الامبراطور على إلغاء التفرقة السابقة بين الأموال النفيسة وغير النفيسة .

#### ١٩٧ — التقسيم الثالث : أموال مادية (res corporales) وأموال

معنوية (res incorporales) : فالسادية هى التى لها وجود مجسم (corpus) يقع تحت الحس . والمعنوية هى التى ليس لها كيان مادى ، ولا وجود لها إلا فى الذهن ، وهى تشمل كل الحقوق ما عدا حق الملكية ، فانه يلحق بالأشياء المادية ، وذلك لأن الرومان خلطوا بين حق الملكية ذاته ، وهو شئ معنوى ، ومحل الحق ، وهو شئ مادى ، وقد أيدهم العرف فى ذلك ، إذ جرى الناس على القول بأن لفلان مثلاً هذا المنزل بدلاً من القول بأن لفلان حق الملكية على المنزل .

وتظهر أهمية هذا التقسيم فى وضع اليد ، وفى طرق اكتساب الملكية البنية على وضع اليد كالتقادم والتسليم . فالأشياء المادية وحدها (وبالأخص حق الملكية) هى التى يمكن وضع اليد عليها ، وبالتالى اكتسابها بمضى المدة (usucapio) أو التسليم (traditio) دون الحقوق الأخرى . وسنرى عند دراستنا لحقوق الارتفاق كيف رأى فقهاء الرومان فى العصر الحديث إمكان وضع اليد على حق الارتفاق أسوة بحق الملكية ، فأجازوا بذلك اكتساب حقوق الارتفاق بمضى المدة ، وبالتسليم بشروط خاصة سنراها فيما بعد . ويقال لوضع اليد فى هذه الحالة ، شبه وضع اليد (quasi-possession) وللتسليم شبه التسليم (quasi-traditio) .

#### ١٩٨ — التقسيم الرابع : الأموال المثلية (res in genere) والأموال

العينية أو القيمة (res in specie) : هذا التقسيم على العكس من سابقه تقسيم قانونى بحث لا يستند إلى أى اعتبار اقتصادى بل يرجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها وإلى غرض المتعاقدين . فالأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء وتعرف بنوعها . بخلاف العينية فهى تعرف بذاتها وبصفات الخاصة مثل العبد الفلانى وهذا الحصان .

وهذا التقسيم نسبي محض لأنه في بعض الأحوال قد ينظر إلى المثل كشيء عيني أو ذاتي . مثل ما إذا أعرت صرافاً قطعة نقود أثرية لعرضها في واجهة محله فيعتبر هذا العقد عارية استعمال (commodat) لا عقد قرض لاعتبار المتعاقدين محل العقد (قطعة النقود) شيئاً عينياً لا مثلياً بالرغم من أن النقود من الأشياء التي يمكن استبدالها بغيرها . ويصح أن يكون الشيء القيمي مثلياً إذا شاءت نية المتعاقدين ذلك كبيع عدد من الرقيق أو الخيل .

وفائدة هذا التقسيم تظهر في أن الدائن يتحمل هلاك الشيء القيمي بمحادثة قهرية قبل تسليمه ويبرأ المدين من دينه . بخلاف التعاقد على شيء مثلي فإنه إذا هلك عند المدين قبل تسليمه وجب عليه تقديم مثله للدائن ، ولو كان هلاكه بمحادثة قهرية وذلك لأن « المثليات لا تهلك »<sup>(١)</sup> بمعنى أنها يحل بعضها في مكان بعض . وبقابل تقسيم الأموال إلى مثلية وقيمة ، تقسيمها إلى أموال تقدر بالعدد أو الوزن أو المقاس سواء أكان بحسب طبيعتها أم طبقاً للعرف التجاري ، كالنقود والغلال والنبذ والأقمشة ، وإلى أموال ذاتية أو معينة (corps certains) وهي ما تقدر قيمتها بصفاتها الخاصة بها كالصورة والمنزل والرقيق . وتظهر فائدة هذا التقسيم في عقد عارية الاستهلاك ، فالأولى فقط هي التي يصح أن تكون محلاً لعارية الاستهلاك لأنه يجب فيها رد المثل في النوع والمقدار .

ويتبع التقسيم المتقدم تقسيم آخر إلى أموال تستهلك بمجرد استعمالها لأول مرة ، كالنبذ والزيت وهي في الغالب من القيميات . وأهمية هذا التقسيم تظهر في حق الانتفاع ، فهو مقصور على ما لا يستهلك بمجرد استعماله .

#### ١٩٩ — التقسيم الخامس : تقسيم ما ينتج من الشيء الأصلي إلى ثمار

(fruits) و**محصولات** (produits) : فالثمار هي ما ينتج من الشيء الأصلي ، وله صفة الدورية (périodicité) مثال ذلك المحصولات الزراعية ، وتناج الدواب ، وهذه هي الثمار الطبيعية . ويلحق بها الثمار المدنية (fruits civils) مثل فوائد

(١) genera non pereunt,

المبالغ المقررة وأجرة المنازل والأراضي ، فهذه لها صفة الدورية ، ولكنها ليست ناتجة من طبيعة الشيء الأصلي . أما الحاصلات فتختلف عن الثمار في أن ليس لها صفة الدورية مثل نتاج الرقيقة ، ولذلك تعتبر جزءاً من الشيء الأصلي ، وتكون لمالك الرقة بطريق التبعية بعكس الثمار ، فهي من حق المتفيع بالشيء الأصلي ، سواء أكان هو المالك أم المتفيع أم المستأجر أم واضع اليد بحسن نية (posse- sseur de bonne foi).

## § ٢ — الثروة (patrimonium, patrimoine)

٢٠٠ — **الثروة أو الذمة** : الثروة هي مجموع الحقوق والواجبات التي لها قيمة مالية لكل شخص . فمجموع الأموال المادية أو المعنوية التي يختص بها شخص ما سواء أكانت حقوقاً (droits) أم تكاليف (charges) يقال لها الثروة أو الذمة (patrimoine) .

وتتكون الثروة أو الذمة من جانب إيجابي (l'actif) وهي الحقوق (droits) وجانب سلبي (le passif) وهي التكاليف أو الديون (dettes) .  
ولا تشمل الثروة ما ليست له قيمة مالية ، كحقوق العائلة والحقوق العامة . ولكن الدعاوى التي تنشأ عن هذه الحقوق قبل من يتعدى عليها لها قيمة مالية ، ولذلك تحتسب عندئذ من مجموع ثروة الشخص .

ولكل شخص ، في القوانين العصرية ، ذمة أو ثروة ولو كان لا يملك شيئاً أو كان لا يملك شيئاً وعليه ديون ، فهي بمثابة قابليته لتحمل الحقوق المالية ولأدائها . وتظهر أهمية فرض ثروة لكل إنسان في ربط القانون أموال الشخص بديونه باعتبار أمواله ضامنة لديونه . وبمقتضى ما للدائنين من حق الضمان المذكور على أموال مدينهم يكون لهم الحق في الحجز عليها وبيعها . وكل الدائنين سواء في هذا الحق المشترك بينهم ، إلا إذا أخذوا ضماناً خاصاً ، فتكون الأولوية لمن أخذ الضمان الخاص .

وإذا زاد الجانب الايجابي على السلبي كان صاحب الذمة موسراً (solvable) أى قادراً على الوفاء بالتزاماته . وإذا زاد الجانب السلبي على الايجابي يقال عن صاحب الثروة أو الذمة إنه معسر (insolvable) أى عاجز عن سداد ديونه . على أنه يلاحظ أن فكرة الثروة بالمعنى المتقدم لم يعرفها الرومان فى القانون القديم ، بل كان الاصطلاح (patrimonium) مقصوراً على الأموال المادية المملوكة لرب الأسرة ، فلا تشمل الديون الواجبة عليه . بدليل أن أموال المتبنى (adrogé) أو المرأة عند زواجها بالسيادة (cum manu) كانت تنتقل إلى المتبنى (adrogeant) أو صاحب السلطة على الزوجة دون أن يلتزم أحدهما بالديون الواجبة على المتبنى أو الزوجة . ولم يتقرر ربط الشخص بديونه إلا بفضل تدخل البريتور الذى أوجب على المتبنى والزوج أو صاحب السلطة عليه أداء ديون المتبنى أو الزوجة لغاية قيمة الأموال التى آلت إليهما ، وكان من أثر تدخل البريتور ، أن أصبح الاصطلاح منصرفاً إلى كل الأموال التى يمكن تقديرها مالياً ، سواء أ كانت مادية أم معنوية ، وأصبحت ذمة الشخص شاملة للأشياء التى فى ملكيته ، ولما له من الحقوق العينية على أموال الغير ، ومن الحقوق الشخصية على الغير ، ولما عليه من الحقوق الشخصية للغير .

٢٠١ — تقسيم مزيج دراسة الاموال : وسندرس الأموال أو بعبارة أخرى عناصر الذمة السابق بيانها فى أقسام ثلاثة :  
الأول — فى الملكية باعتبارها أهم الحقوق العينية .  
الثانى — فى الحقوق العينية الأخرى ، وبالأخص حقوق الارتفاق .  
الثالث — فى الحقوق الشخصية أو الالتزامات ، ولأهمية القسم الثالث سنخصص له الكتاب الثالث .

# الباب الأول

في الملكية ووضع اليد على الأموال المادية

## الفصل الأول

تاريخ الملكية - صورها - خصائصها

### المبحث الأول

في تاريخ حق الملكية

٢٠٢ - مقررته : للملكية في روما تاريخ طويل إذ لم تنشأ منذ العصور الأولى على نظام واحد وهو نظام الملكية الفردية . وإنما اتخذت - كما اتخذت عند الشعوب الأولى - صوراً شتى قبل ظهورها في صورة الملكية الفردية . فالشرائع الثلاث التي تحكم أوروبا في الوقت الحاضر - الشريعة الجرمانية والشريعة السلافية والشريعة الرومانية - ترجع تلك السلطة المطلقة على الأموال ، التي يعبر عنها بالملكية ، إلى الدولة . فالملكية الفردية - على الأقل بالنسبة للأموال الثابتة - كانت مجهولة لدى قدماء الجرمان ، وكانت ، حتى بعد ظهورها ، تعتبر منحة من الدولة . ولا أدل على ذلك من أن القانون الألماني الحديث ينظم نقل الملكية

---

(١) انظر بياناً موجزاً لتاريخ حق الملكية في هيفلان ، طبعة سنة ١٩٢٧ ، ج ١ ، ص ٤٢٥ - ٤٤٧ وراجع للتوسع ، « De Laveleye » ، في مؤلفه « La propriété et ses formes primitives » .

العقارية تحت إشراف السلطة القضائية . وكذلك الحال في الشريعة السلافية القديمة إذ لم يكن للأفراد على أراضي الدولة سوى حق الانتفاع ، ولم تظهر الملكية الفردية على العقار في بولونيا إلا ابتداء من القرن الثاني عشر ، وبقيت روسيا محكومة فيما يتعلق بالملكية العقارية بنظام يشبه ذلك النظام المستمد من العرف المتبع لدى القبائل الجرمانية .

ولم تختلف الشريعة الرومانية في ذلك عن الشريعتين السابقتين ، ففي روما حتى عصر الجمهورية ، كانت الملكية الفردية مقصورة على الأموال المنقولة وغير معروفة بالنسبة للعقار .

نستفيد هذا من مدلول بعض الاصطلاحات القانونية ، ومن النظم القانونية للعصور الأولى لروما .

(١) فمثلا عبارة (familia pecuniaque) ، وهي التي تطلق على مجموع الأموال ، تفيد من تركيبها اقتصار حق الملكية في الأصل على الأموال المنقولة ، لأن الكلمة الأولى (familia) تطلق على العبيد والثانية (pecunia) على الدواب وكلاهما من الأموال المنقولة . وكذلك عبارة (res Mancipi) وهي التي يعبر بها عن الأموال النفيسة مشتقة من كلمتين (manu) وتفيد اليد و (capere) وتفيد الاستيلاء أى الاستيلاء باليد ، ولا يتصور الاستيلاء باليد إلا بالنسبة للمنتقل .

(٢) نستنبط هذا أيضاً من صور الدعاوى الرومانية والأعمال القانونية القديمة ، فكلها تنبئ بأنها إنما صيغت بالنظر إلى أموال منقولة . فمثلا صورة دعوى الاسترداد القديمة (sacramentum in rem) تفترض وجود الشيء المتنازع في مجلس القضاء حيث كان يلمسه الخصمان ، وهذا لا يمكن تصوره إلا بالنسبة للمنتقل .

كذلك الاشهاد (mancipatio) ، وهو طريق نقل الملكية على الأموال النفيسة ، كان يوجب على المكتسب القيام بإجراءات معينة ، والنطق بعبارات خاصة وهو ممسك المال المبيع ، الأمر الذي لا يمكن تصوره إلا بالنسبة للمنتقل .

وذلك أن المشتري كان يأتي في مجلس العقد ويمسك الشيء الذي يشتريه ويعلن في مجلس العقد أن هذا الشيء ملكه طبقاً للقانون الروماني ، ولم تستخدم الإجراءات السابقة بالنسبة للعقار إلا بعد تحويلها والاستعاضة عن العقار في مجلس القضاء أو مجلس العقد برضاه .

٢٠٣ — أول صورة للملكية على العقار ( heredium ) : إنما نلاحظ أن بعض فقرات قانون الألواح الاثني عشرة التي أمكن العثور عليها وحفظها ، تثبت وجود حق الملكية على العقار بالنسبة لبعض الأموال ، وهي المسماة بالأموال العائلية ( heredium ) . وهذه عبارة عن منزل الأسرة ( domus ) والأرض الملحقة به وهي نصف هكتار من الأرض . وهذه الأموال كانت ملكاً لرب الأسرة ، له إدارتها مدة حياته كما لو كان المالك لها ، وبعد موته تؤول إلى ورثته من العصب وهؤلاء يسمون ورثة أنفسهم ( heredes sui ) . ومعنى العبارة المذكورة أنهم لا يكتسبون ملكية أموال الأسرة بطريق الارث من التوفي ، بل باعتبارهم شركاء له في ملكيتها .

٢٠٤ — ظهور أموال جديدة للعائلة ( fundus ) : إنما هذه الأموال كانت لا تكفي لتغذية الأسرة مهما قل عدد أفرادها . فكان لابد من وجود أراض أخرى خارجة عن مدينة روما يقوم الأهليون باستغلالها سواء أكان ذلك بزراعتها أم باستخدامها للرعي<sup>(١)</sup> .

وهذه الأموال كانت في الأصل ملكاً للعشيرة ( gens ) ، وكانت توزع على الأسر لاستغلالها بمعرفة رب الأسرة ، وبعمونة أولاده وعملائه وعبيده . إلا أن توزيع هذه الأراضي على الأسر أصبح مستديماً بحيث استقلت كل أسرة بنصيبها ، يتوارثه أعضاؤها جيلاً بعد جيل ، ولا يعود إلى القبيلة إلا باقراض الأسرة .

---

(١) راجع جبار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٨٤ .

٢٠٥ — طبيعة من ربح الأسرة على هذه الأموال : لم يكن حق ملكية بل كان مجرد حق انتفاع . إنما آلت إليه هذه الأموال أخيراً إما بطريق الاقطاع من الدولة أو بطريق الاستيلاء عليها بمضى المدة ، فصارت بذلك ملكاً له . ومن هنا نشأت الملكية الفردية بالنسبة للعقار .

## المبحث الثاني

### في صور الملكية في العصر العلمي

٢٠٦ — الملكية الرومانية ( dominium ex jure quiritium ) : إلا أن الملكية الرومانية لم تكن جائزة لكل شخص ، ولا شاملة لكل شيء ، بل كان لابد لقيامها من توافر ثلاثة شروط :

الأول : خاص بالمالك — يجب في المالك أن يكون رومانيا متمتعاً بالجنسية الرومانية . فقير الروماني كان محروماً من حق التعامل ( commercium ) وبالتالي محروماً من اكتساب الملكية .

الثاني : خاص بالشئ ذاته — يجب أن يكون المال ( إذا كان من الأموال الثابتة ) رومانيا أى موجوداً بروما ، أو إيطاليا ، أى موجوداً بإيطاليا . فتخرج بذلك الأراضي الإقليمية .

الثالث : خاص بطريقة اكتساب الملكية — يجب أن تكون الملكية قد اكتسبت بأحدى الطرق المقررة في القانون المدني ( jus civile ) كالأشهاد والدعوى الصورية . فإذا استخدمت طريقة أخرى لنقل ملكية مال من الأموال الرومانية ، بأن اكتفى المتعاقدان بتسليم البيع إلى المشتري ، فإن الملكية لا تنتقل إلى هذا الأخير طبقاً للقانون الروماني البحت ، بل تظل لصاحبها الأصلي .

٢٠٧ — صور الملكية المختلفة في العصر العلمي : لذلك وجدت في العصر العلمي بجانب الملكية الرومانية صور أخرى للملكية يمكن حصرها في ثلاث :



- (١) الملكية البريتورية (propriété prétorienne) .
- (٢) الملكية الاقليمية (propriété provinciale) .
- (٣) الملكية الأجنبية (propriété pérégrine) .

### § ١ — الملكية البريتورية (La propriété prétorienne)<sup>(١)</sup>

٢٠٨ — هي أهم صور الملكية الأخرى بعد الملكية الرومانية وينص (Gaius) في كتابه للنظم (٢، ٤٠) على أن « الملكية قد تجزأ بحيث يكون لشخص الملكية (dominium) على شيء ما ، مع وجوده في مال شخص آخر (in bonis) . ويعتبر هذا الأخير مالكا في نظر البريتور . فكأنه قد يوجد على شيء واحد حقان لشخصين مختلفين ، لأحدهما الملكية الرومانية ، وللآخر الملكية البريتورية .

وقد ظهرت هذه الصورة من الملكية في أوائل عهد الاجراءات الكتابية (procédure formulaire) للتخفيف من شدة القيود الشكلية . فنشأت في حالة عدم انتقال الملكية (dominium) لنقص في الاجراءات الخاصة بنقل الملكية وهي حالة التصرف في مال نفيس (res mancipi) بطريق التسليم (traditio) ، كما إذا بيع عقار إيطالي أو رقيق أو أحد دواب الحمل أو الجر ، ولم يقم الطرفان باجراءات الاشهاد أو الدعوى الصورية ، بل اكتفيا بالتسليم ، فالشترى في الأحوال المتقدمة لا يكتسب ملكية المبيع طبقاً للقانون المدني (jus civile) وإنما يكون فقط في حالة تمكنه من اكتساب الملكية بمضى المدة (in causa usucapiendi) غير أن البريتور تدخل للتخفيف من صرامة حكم القانون المدني البحت فقرر أن البائع ، أو المسلم على وجه العموم (tradens) ، وإن بقى المالك قانوناً (jure civili) ، إلا أن المشتري أو التسلم (accipiens) يعتبر في الواقع كأنه المالك الحقيقي . ذلك أنه حى وضع يده بوسائل شتى ضمنت لهذا الأخير

(١) راجع (Appleton) في كتابه « Histoire de la propriété prétorienne et

de l'action publicienne » ، جزءان ، سنة ١٨٨٩ — ١٨٩٠ .

الاحتفاظ بما تحت يده ، وكان من نتيجة ذلك أن تقررت على نفس الشيء ملكية مدنية أو رومانية وملكية بريتورية .

٢٠٩ — وسائل حماية الملكية البريتورية . تقررت هذه الحماية بطريقتين إذ منح البريتور هذا المالك البريتوري دفوعا (exceptions) ودعوى ملكية (action) .  
١ — الرفوع : يمنح من حصل على مال نفيس بطريق التسليم دفوعاً يرد بها كل محاولة لأخذ المال من تحت يده .

وتظهر طريقة استخدام هذه الدفوع من التفصيل الآتي :

١ — باع شخص لآخر عبداً بطريقة التسليم ، فطبقاً للقانون المدني يبق العبد ملكاً لبائعه لكونه مالا نفيساً ، فإذا حاول البائع استرداد العبد بعد تسليمه بناء على هذا الاعتبار يرفع دعوى الاسترداد (action en revendication) ، كان للمشتري أن يرد على دعواه بما معناه « تطالبني برد الشيء إليك مع سابق تصرفك فيه وتسليمه إلى — فأنت سيء النية — ولذلك أطلب من البريتور أن يدمج في صيغة الدعوى الدفع بالغش (exceptio doli) » فإذا أثبت المشتري صحة دفعه خسر البائع دعواه واحتفظ المشتري بالعبد .

٢ — إذا تصرف البائع في مثلنا السابق في العبد مرة ثانية إلى شخص ثالث ونقل إليه حقه في الملكية بطريق الاشهاد (mancipatio) وجهل المشتري الثاني التصرف السابق فرفع دعوى الاسترداد على المشتري الأول للمطالبة بالعبد ، فليس للمشتري الأول أن يرد عليه بدفع الغش قبله لحسن نيته . ولذلك منحه البريتور ، في هذه الحالة ، دفعا آخر يعرف بدفع الشيء المبيع والمسلم (exceptio rei venditæ et traditæ)

ب — دعوى ملكية (action publicienne) : كذلك منحه البريتور غير الدفوع المتقدمة دعوى لاسترداد ماله إذا فقد وضع اليد عليه . وهي تشبه دعوى الاسترداد المقررة لحماية الملكية الرومانية . وسندرسها عند الكلام على وسائل حماية الملكية . ونكتفي هنا بالإشارة إلى أن هذه الدعوى مبنية على افتراض أن المالك

البريتورى قد أتم المدة القانونية لاكتساب الملكية بمضى المدة (usucapio) .  
إذ يطلب البريتور من القاضى الذى تحال عليه الدعوى أن يفصل فيها باعتبار أن  
المدعى أتم المدة القانونية على وضع يده ، وليس على المدعى أن يثبت بعد ذلك إلا أنه  
قد تسلم الشيء ، والسبب الشرعى (justa causa) الذى تسلم بمقتضاه .

## § ٢ — الملكية الإقليمية (La propriété provinciale)<sup>(١)</sup>

لم يكن من الممكن حتى القرن السادس لروما إنشاء حق ملكية على عقار  
بايطاليا أو باحدى الولايات أو الأقاليم الرومانية (provinces) ، ولكن سرعان  
ما ألحقت العقارات الايطالية (fonds italiques) بالعقارات الرومانية فى الحكم  
وبقيت العقارات الإقليمية وحدها خاضعة لنظام خاص للملكية .

٢١٠ — نسوة العقارات الإيطالية بالعقارات الرومانية : تم هذا فى  
العصر السادس لروما نتيجة لعوامل شتى اقتصادية أكثر منها قانونية ، وبالأخص  
نتيجة كثرة منح الأراضى من الدولة إلى الأفراد مع الاعتراف لهم بحق الملكية  
عليها . ولكن بقيت تحت يد الأفراد ، بجانب الأراضى الممنوحة على الوجه السابق  
بعض أراض غير مزروعة ليس للأفراد عليها حق الملكية ، وإنما حق غامض يعبر  
عنه أحياناً بحق استعمال (usus) وأحياناً أخرى بوضع اليد (possessio) . إلا  
أن هذه الأراضى ألحقت بالأولى فى الحكم ، وسويت أيضاً بالأراضى الرومانية من  
حيث خضوعها لنظام الملكية الرومانية . وقد تم هذا فى القرن السابع لروما  
بمقتضى قانونين صدرا فى هذا التاريخ<sup>(٢)</sup> . وكان من آثار هذين القانونين أن

---

(١) راجع فى الملكية الإقليمية (Tenney Frank) فى مقاله *Dominium in solo provinciali* المنشور فى (Journal of roman studies) سنة ١٩٢٧ ، ص ١٤٢ — ١٦١ .  
(٢) أهمها القانون الصادر فى سنة ٦٤٣ لروما أو فى سنة ٩١١ قبل الميلاد والقاضى  
بإعادة توزيع الأراضى — راجع جيرار ، النصوص ، ص ٤٦ . وكيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ،  
ص ٢٥٠ .

اعتبرت جميع العقارات الإيطالية من الأشياء النفيسة (res manicipi) وخاضعة لنظام الملكية الرومانية .

٢١١ — وضع البر على الأراضي الإقليمية : أما الأراضي التي بالأقاليم أو المستعمرات الرومانية (provinces) فقد بقيت حتى نهاية العصر العلمي مملوكة للدولة . غير أن هذه الأراضي كانت في الواقع ملكا للأفراد الحائزين لها ، فلمهم الانتفاع بها واستغلالها بل التصرف فيها ، فحقهم عليها مساو لحق الملكية ، وإن كان لا يسمى بهذا الاسم ، ويطلق عليه الشراح في العصر العلمي اصطلاحات شتى فيعبرون عنه تارة بحق الاستعمال (usus) وتارة بوضع اليد (possessio) <sup>(١)</sup> .

وتمتاز الأراضي الإقليمية عن الأراضي الإيطالية في أنها وحدها كانت خاضعة للضريبة العقارية (l'impôt foncier) . وكذلك لا تنتقل ملكية هذه الأراضي بطريق نقل الملكية المقرر بالقانون المدني (jus civile) ولكن بطريق نقل الملكية التابع لقانون الشعوب (jus gentium) وهو التسليم (traditio) ، كما أن الحق المقرر عليها تحميه دعوى مختلفة عن دعوى الاسترداد (rei vindicatio) ، وهي المقررة لحماية الملكية الرومانية .

٢١٢ — تخصيص نطاق الأراضي الإقليمية تدريجياً : إلا أن نطاق الأراضي الإقليمية قد حد كثيراً ، ففتحت بعض المدن والمستعمرات امتيازاً (jus italicum) بمقتضاه سويت أراضيها بالأراضي الإيطالية . وصارت الأراضي الإقليمية التي تتمتع بهذا الامتياز كالأراضي الإيطالية من حيث قابليتها لأن تكون محل ملكية رومانية (dominium ex jure quiritium) ، ومن حيث جواز التصرف فيها بالأشهاد (mancipatio) وبالدعوى الصورية (in jure cessio) ، وللمالك حماية لحقه استعمال دعوى الاسترداد (rei vindicatio) .

٢١٣ — فسخ العقارات الإيطالية للضريبة العقارية : وفي نهاية القرن الثالث من الميلاد ساوى الامبراطور مكسيميان بين جميع الأراضي من الوجهة

(١) انظر (Gaius) ، النظم ٢ — ٧ .

المالية أى من حيث خضوعها للضريبة العقارية بسبب ازدياد تكاليف الدولة الرومانية باتساع أرجاء الامبراطورية مما أظهر الحاجة إلى إيجاد موارد جديدة للدولة فعمم الامبراطور نظام الضرائب وطبقه على الأراضى الإيطالية أسوة لها بالأراضى الاقليمية . وبذلك زالت كل تفرقة مالية بين الأراضى الإيطالية والاقليمية وظهرت عندئذ الفكرة الحديثة للأساس الذى يبرر فرض الضريبة العقارية ، فبعد أن كانت الضريبة العقارية قائمة على فكرة امتلاك الدولة للأراضى المقررة عليها الضريبة ( بدليل قصورها فى الأصل على الأراضى الاقليمية ) ، أصبحت قائمة على واجب كل فرد فى تحمل نصيبه من أعباء التكاليف العامة .

### § ٣ — الملكية الأجنبية أو ملكية الأجنبي

( La propriété pérégrine )

يرجع السبب فى ظهور هذه الصورة من الملكية إلى أن الأجنبي لم يكن متمتعاً بحق التعامل فى روما ( jus commercii ) ، وبالتالي كان محروماً من اكتساب حق الملكية الرومانية ( propriété quiritaire ) ، فكان ما يمتلكه لا تحميه قواعد القانون المدنى ( jus civile ) ، بل تحميه إما قواعد قانونه الوطنى ( droit pérégrin local ) أو قانون الشعوب ( jus gentium ) الذى كان يطبقه قاضى الأجانب فى روما ( præteur pérégrin ) .

إلا أن هذه الصورة من الملكية قد اندثرت سريعاً فزالت تقريباً عقب صدور قانون الامبراطور كرا كلا ( Caracalla ) فى سنة ٢١٢ ميلادية ، الذى منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية ماعدا بعض العتقاء ( les déditices ) .

### المبحث الثالث

فى الملكية فى عهد جوستينيان وخصائص الملكية الرومانية

٢١٤ — توحيد نظام الملكية : زالت فى عهد جوستينيان كل تفرقة عملية

بين المقارات الإيطالية والمقارات الإقليمية لعدم وجود ما يبرر التمييز بينهما خصوصاً بعد تعميم نظام الضرائب العقارية وشمول الأراضي الإيطالية أسوة بالأراضي الإقليمية كما سبق بيانه . كذلك اختفت صورة ملكية الأجنبي بمنح الرعوية لجميع سكان الامبراطورية ماعدا بعض العتقاء منذ عهد كرا كلا ، وللعتقاء أيضاً في عهد جوستينيان . وأخيراً زالت الملكية البريتورية مع زوال التفرقة القديمة بين الأشياء النفيسة (res Mancipi) والأشياء غير النفيسة (res nec Mancipi) .

وهكذا توحد نظام الملكية في عهد جوستينيان بالنسبة لجميع الأموال ، وفي جميع أنحاء الامبراطورية وبالنسبة لجميع الرعية .

٢١٥ — طبيعة حق الملكية في قانونه جوستينيان وصفها : هي ملكية فردية وحق مطلق (droit absolu) ودائم (perpétuel) .

٢١٦ — الملكية هي مطلق : الملكية في القانون الروماني حق مطلق (absolu) مقصور على صاحبه (exclusif) بمعنى أن المالك أن يفعل بملكه ما يشاء وأن يمنع الغير منه كلما شاء . وتتكون الملكية من عناصر ثلاثة يعبر عنها بالعبارات الآتية :

الأول — (l'usus) أو (jus utendi) أى حق الاستعمال .  
الثاني — (le fructus) أو (jus fruendi) أى حق الاستغلال أو الانتفاع  
الثالث — (l'abusus) أو (jus abutendi) أى حق التصرف .

حق الاستعمال (usus, jus utendi, droit d'user) هو الحق في استخدام الشيء في جميع وجوه الاستعمال التي أعد لها ، أى التي تتفق مع طبيعته .  
فبالنسبة للمنازل بسكنها ، وبالنسبة للأرض بزراعتها ، وللحيوانات بركوبها ، وللبسات بلبسها .

وحق الاستغلال (fructus, jus fruendi, droit de jouir) هو حق الحصول

على حاصلات الشيء وعلى ثماره التي يكون قابلاً لانتاجها سواء في ذلك الثمار الطبيعية أو المدنية على النحو الذي فصلناه آنفاً .

وحق التصرف ( *ius abutendi, droit de disposer* ) يشمل جميع أعمال التصرف المادية بتغيير شكل الشيء أو إتلافه ، أو القانونية بالتنازل عن الحقوق التي للمالك كبيع الشيء كله أو بعضه أو هبته أو تحميله حقوقاً عينية الخ .

لكن هذا الحق ، وإن وصف دائماً بأنه حق مطلق ، لم يكن كذلك في أى وقت من الأوقات . فقد خضع منذ العهد القديم لقيود شتى تقضى بتقييده ، فيحوى القانون الروماني منذ قانون الاثنى عشر لوائح قيوداً شتى للملكية .

وهذه القيود — وأكثرها مقرر بالنسبة للأموال الثابتة — بعضها مقرر لمصلحة الجار ، وبعضها مقرر للمصلحة العامة .

فمن القيود المقررة لمصلحة الجار أنه ليس للمالك أن ينتفع بكل عقاره ، بل عليه أن يترك حول منزله أو حقله مسافة قديمين ونصف قدم بلا بناء أو زراعة ، حتى يتكون بين المالكين مع ما يتركه الجار طريق عرضه خمسة أقدام ، وقد زال هذا القيد بالنسبة للمباني بعد حريق روما عند غزوها بمعرفة رجال الغال حوالى سنة ٣٩٠ قبل الميلاد . ومن ذلك أيضاً أنه يجب على المالك أن يحتمل امتداد شجرة جاره فوق أرضه بشرط أن يكون هذا الامتداد على ارتفاع خمسة عشر قدماً . ومن ذلك أيضاً أن يقبل المالك مسيل المياه الطبيعية من أرض جاره المرتفعة<sup>(١)</sup> .

ومن القيود المقررة للمصلحة العامة إزام الملاك الذين تقع أملاكهم على الطريق العام أو الشوارع بأصلاحها والعناية بها . ومن هذه القيود أيضاً تحريم هدم المباني لبيع أنقاضها الثمينة إلا بتصريح من الإدارة ، وذلك بمقتضى قوانين صدرت من مجلس الشيوخ ( *senatus-consultes* ) في عصر الامبراطورية . ويظهر أنه كانت توجد عدة لوائح خاصة بتنظيم البناء في المدن على شكل وطراز مخصوص . كذلك نجد في القانون الروماني أمثلة كثيرة — لا يتكون منها نظام عام لنزع الملكية

---

(١) راجع أمثلة كثيرة من هذه القيود في جيار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٧٨

للمنفعة العامة — يجوز فيها نزع العقار من تحت يد مالكه لمصلحة عامة مقابل تعويض يدفع إليه أو بدون تعويض ما في بعض الأحوال<sup>(١)</sup>.

٢١٧ — الملكية هي دائم (droit perpétuel) : حق الملكية حق دائم يبقى ما بقى الشيء المقرر عليه . فهو حق قابل للانتقال من شخص لآخر ، ولكنه لا يزول إلا لأسباب استثنائية . بخلاف سائر الحقوق الشخصية (droits de créance) التي تنقضي دائماً بالوفاء (paiement) ولا تنتقل بالتحويل كقاعدة عامة . ويترتب على أن حق الملكية حق دائم أنه لا يجوز تعليق نقل الملكية على شرط فاسخ (condition résolutoire) أو تقييده بأجل مسقط (terme ex-tincti) إذ الملكية لا يمكن نقلها لأجل محدود (ad tempus) ، إلا أن جوستينيان أباح فسخ نقل الملكية في حالتين :  
أولاً — في الهبة المقيدة بشرط (donation sub modo) .

ثانياً — في الهبة بسبب الوفاة (donation à cause de mort) . وستكلم عليهما عند الكلام على الهبة في كتاب الالتزامات .

ويترتب أيضاً على كون حق الملكية دائماً ، عدم سقوطه بمضي المدة كما تسقط الحقوق العينية الأخرى ، فإذا لم يستعمل المالك ملكه ، ولم يعمل عملاً يظهر حقه فإنه لا يفقد ملكية ماله بسبب ذلك ، إلا إذا وضع آخر يده على ذلك المال وتملكه بالتقادم للكسب ، ولكن في هذه الحالة لا يضيع المال على المالك لكونه لم يستعمل حقه ، وإنما يفقده لكون آخر تملكه بمضي المدة ، بشرط أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لهذا النوع من أسباب التملك . هذا مع ملاحظة ما تقرر في عهد الامبراطورية من حرمان المالك من أرضه إذا أهملها دون زراعة بحيث تصبح ملكاً لمن يستولى عليها ويزرعها مع إعفائه من الضريبة عشر سنين وذلك لتشجيع استغلال الأراضي البور .

ونبدأ الآن بدراسة أسباب اكتساب الملكية ووسائل حمايتها . إلا أن هذين الموضوعين يتصلان بنظرية وضع اليد (possession) ولذلك سنقدم دراستها عليهما .

(١) راجع المرجع السابق ص ٢٧٩ و ٢٨٠ .



# الفصل الثاني

## في نظرية وضع اليد

(<sup>(١)</sup> La possession des choses)

٢١٨ — وجوب تمييز وضع اليد عنه الملكية : يحسن قبل تعريف وضع اليد أن نستخلص معناه من مدلول اللفظ ذاته . فكلمة ( possessio ) مكونة من أصلين : الأول ( pot ) بمعنى السلطة ومنها ( potestas ) والثاني ( sessio ) بمعنى يقعد أو يرتكز ( s'asseoir ) . فكلمة ( possessio ) تفيد إذن قيام سلطة مادية على شيء .

هذه السلطة الفعلية تشبه كثيراً حق الملكية ، وكثيراً ما يخلط بينهما في اللغة العادية ، فيقول الإنسان : « إني أحوز هذا الشيء » بمعنى « أني أملكه » إلا أن الواقع أن الملكية ووضع اليد فكرتان مختلفتان يجب التمييز بينهما ، إذ يجب التمييز بين الحق ذاته وبين استعماله فعلاً ، لأن المالك وإن كان في أغلب الأحيان هو الحائز للملكة إلا أن ملكه قد يكون في قبضة غيره ، وهكذا تكون الملكية لشخص ووضع اليد لشخص آخر . ففي حالة السرقة مثلاً يفقد المالك وضع اليد على ماله بخروجه من تحت يده والسارق لا يعتبر باستيلائه عليه مالكا بل يعتبر فقط حائزاً له ( possesseur ) .

(١) راجع في نظرية وضع اليد المراجع الآتية :

Savigny, « Traité de la possession » 1re ed. 1803 ; traduction française 1886. De Ihering, Fondement de la protection possessoire, 1865 ; Oeuvres choisies, 1893, t. 11. pp 213. 263. Cornil, Traité de la possession dans le droit romain, 1905. Duquesne, Distinction de la possession et de la détention, thèse de droit, Paris, 1898. Albertario, la possession romaine, Rev. d'histoire du droit, t x II, p 1-28.

٢١٩ - الآثار القانونية لوضع اليد : غير أن وضع اليد وإن كان عبارة عن سلطة فعلية على الشيء ، إلا أنه تترتب عليه آثار قانونية شتى ومهمة :  
١ - فوضع اليد هو الأساس الذي يبنى عليه اكتساب الملكية طبقاً لبعض الطرق المكتسبة للملكية :

- (أ) فالاستيلاء (occupatio) على مال مباح يكسب الحائز الملكية .
- (ب) كذلك تنتقل الملكية في الأموال غير النفيسة (res nec mancipi) بنقل حيازتها بالتسليم (traditio) ، وهو نقل وضع اليد من الناقل (tradens) إلى المكتسب (accipiens) .
- (ج) وأخيراً تكتسب ملكية الأموال النفيسة وغير النفيسة على السواء بوضع اليد عليها مدة معينة في القانون أى بالتقادم (usucapio)
- ٢ - حتى البريتور في روما والحاكم في الولايات ابتداء من القرن السادس لروما وضع اليد ذاته بإجراءات خاصة سميت بالأوامر (interdits) .
- ٣ - وأخيراً لوضع اليد أهمية كبيرة ابتداء من العصر العلمي فيما يتعلق بدعوى الاسترداد ، وهي الدعوى المقررة لحماية الملكية ، إذ كان يتمتع بوضع اليد طبقاً لإجراءات هذه الدعوى ، بمرکز ممتاز ، باعتباره مدافعاً (défendeur) ، فعلى المسترد ، وهو من ليست له الحيازة ، إثبات ملكيته ، وليس على واضع اليد سوى الانتظار .

٢٢٠ - آثار أخرى لوضع اليد إذا افترد بحسن نية : لوضع اليد آثار أخرى إذا اقترن بحسن نية . وحسن النية هنا هو اعتقاد واضع اليد خطأ بأنه صار مالكا . فيوجد حسن النية مثلاً إذا اشترى شخص شيئاً من غير مالكة معتقداً أنه صار مالكا . فمثل هذا المشتري لا يكتسب الملكية وإن اعتقد أنه صار مالكا ، بل يعتبر فقط واضع يد حسن النية . ولو اضع اليد حسن النية ، عدا المزايا السابق الكلام عليها ، ما يأتي :

١ — يكتسب واضع اليد حسن النية الثمرات الناتجة من المال بانفصالها عنه كما سنرى ذلك عند الكلام على طرق اكتساب الملكية .

٢ — إذا فقد واضع اليد حسن النية وضع يده فله استرداده بالدعوى المسماة (action publicienne) كالمالك البريتورى (propriétaire prétorien) تماماً .

٢٢١ — عناصر وضع اليد : يتكون وضع اليد تبعاً لفقهاء العصر العلمى من عنصرين : عنصر مادى وهو الحيازة المادية للشيء (détention) ويسمى أيضاً (corpus) وهو وجود الشيء تحت يد الشخص أو تحت تصرفه الفعلى ، وعنصر معنوى ويسمى النية (animus) . والصعوبة كلها هى فى تعيين هذه النية اللازم توافرها فى وضع اليد والتي تميزه عن كل الحالات الفعلية الأخرى كالحيازة المجردة (la détention) . ويرجع السبب فى قيام هذه الصعوبة إلى قلب الامبراطور جوستينيان للنظريات المقررة فى العصر العلمى خاصة بوضع اليد .

٢٢٢ — صور الحيازة المختلفة فى العصر العلمى : فى العصر العلمى كان

لوضع اليد معان مختلفة ، وكان يدرس من وجوه عدة : فكان يدرس أولاً من حيث التقادم (usucapio) ، وكان يسميه الشراح فى هذا الخصوص باسم وضع اليد المدنى (possessio civilis) . ويشترط فيه أن يستند إلى عمل قانونى ، ويؤدى إلى اكتساب الملكية الرومانية بحدى المدة ، والنية (animus) هنا هى نية التملك (animus domini) أى نية الظهور على الشيء بمظهر المالك .

وثانياً من حيث استعمال وسائل حماية وضع اليد بنظام الأوامر فقد درس الشراح الرومان وضع اليد فى ذاته لمعرفة الأشخاص الذين يحق لهم استخدام الأوامر ، (interdits) لحماية يدهم . وقد سماه الشراح عند نظرهم إليه من هذه الوجهة (possessio ad interdicta) لتمييزه عن وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم والنية هنا مختلفة عن النية اللازم توافرها فى وضع اليد المكسب للملكية ، فهى ليست نية التملك (animus domini) ، بل هى نية وضع اليد (animus possidendi) ،

أى نية واضح اليد حيازة الشيء والاحتفاظ به لحسابه الخاص .  
وأخيراً تصور فقهاء العصر العلمى صورة ثالثة لوضع اليد أسموها بالحيازة الطبيعية  
أو إنشائية ( *possessio naturalis* أو *corporalis* ) . وهى الحيازة المجردة  
( *la détention* ) ، فللحائز ( *détenteur* ) اليد المادية على الشيء ( *corpus* ) ،  
وليس لديه نية وضع اليد ( *animus possidendi* ) أى نية الاحتفاظ بيده لحسابه  
الخاص ، إذ هو يحوز الشيء بالنيابة عن الغير ومثل هذا الحائز الوديع والوكيل  
والدير . ولذلك لم يكن لهؤلاء التمتع بنظام الأوامر إذ هى من حق من يحوزون لحسابهم .  
٢٢٣ — تعريفات مستنباه : وقد خلط الامبراطور جستنيان بين هذه  
الصور الثلاث للحيازة بقصد تحويل هذا التقسيم الثلاثى إلى تقسيم ثنائى ، فميز  
بين نوعين من الحيازة ، الحيازة المدنية ( *possessio civilis* ) والحيازة الطبيعية  
( *possessio naturalis* ) وأدخل فى الأولى ، بجانب وضع اليد الكسب للملكية  
بالتقادم ، الحيازة المحمية بنظام الأوامر<sup>(١)</sup> ( *possessio ad interdicta* ) ، كما أنه  
منح حق الانتفاع بالأوامر لبعض الحائزين حيازة مجردة .  
تقسيم : وسندرس تباعاً فيما يأتى كيفية اكتساب وضع اليد ، وكيفية فقده ،  
ووسائل حماية وضع اليد ، ولئن التمتع بوسائل الحماية المذكورة ، وما هى الحكمة  
من تلك الحماية .

## المبحث الأول

### فى اكتساب وضع اليد وفقده

٢٢٤ — اكتساب وضع اليد : يتكون وضع اليد من عنصرين ، عنصر  
مادى وعنصر معنوى . فإذا توافر هذان العنصران فى شخص بالنسبة لشيء ما ،  
اكتسب وضع اليد على هذا الشيء .

(١) راجع جيفار ، الجزء الأول ، طبعة ١٩٣٤ ، ص ٣٣٩ ، نبذة ٥٦٨ .

وقد يكتسب الشخص وضع اليد على شيء ما إما بنفسه ، وإما بواسطة غيره . فيكتسبه بنفسه إذا توافر لديه العنصران المادى والمعنوى . ويكون ذلك بالاستيلاء على الشيء مع نية الاحتفاظ به لحسابه الخاص . فبالنسبة للمنفول بأن يستولى عليه وينقله إلى حيازته ، وبالنسبة للعقار بالدخول فيه وتعرف حدوده والظهور عليه بمظهر المالك بأن يقطع شجره مثلاً ، أو إذا كان العقار فى حيازة شخص آخر بأن يطرده منه .

وقد يكتسبه بواسطة غيره . فرب الأسرة منذ القانون القديم يكتسب وضع اليد بيد الأشخاص الخاضعين لسلطته كالعبد وابن الأسرة ، ثم تصور إمكان اكتسابه وضع اليد فى العصر العلمى بشخص غير خاضع لسلطته كالوكيل أو المستأجر أو المستعير أو المودع لديه . إنما يشترط فى الموكل أن يتوافر لديه العنصر المعنوى أى النية . واستثنى أخيراً من هذا الشرط ، وهو قيام النية فى شخص واضع اليد ، حالة فاقد الأهلية كالطفل والمجنون لعدم إمكان توافر النية لـديهما وكذلك حالة الأشخاص المعنوية ، فأصبح من الممكن اكتساب وضع اليد لمصلحة هؤلاء الأشخاص بواسطة الأوصياء أو القوام عليهم ومديرى الأشخاص المعنوية متى توافر العنصران لـديهم .

٢٢٥ — **فقد وضع اليد** : يفقد واضع اليد وضع يده بفقد أحد العنصرين أوهما معاً . فيفقد وضع اليد بفقد العنصرين معاً ، كما إذا هلك الشيء محل وضع اليد ، أو مات واضع اليد ، أو تصرف فى الشيء وسلمه إلى المتصرف إليه . وقد يفقد وضع اليد بفقد الركن المادى وحده ، كهروب حيوان آبد ، فواضع اليد يفقد وضع يده على هذا الحيوان بمجرد هروبه ، ولو كانت عنده نية الاحتفاظ به . ويستثنى من الحكم المتقدم المرامى التى لا تصلح للرعى إلا فى فصول معينة من السنة ، فوضع اليد عليها لا يمكن تصويره إلا بصفة متقطعة ، ولذلك لا يفقد واضع اليد وضع يده بمجرد تخليه عنها مدة الشتاء إذا كانت لا تصلح للرعى إلا فى فصول الصيف مثلاً .

وقد يفقد وضع اليد بفقد الركن المعنوى وحده كأن يهب واضع اليد العقار  
لآخر ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بهذا العقار ، فهو في هذه الحالة قد فقد النية  
ولكنه احتفظ بالركن المادى وهو الحيازة . ومثل هذا ما إذا باع المالك واضع  
اليد عقاره ، واستأجره في نفس الوقت من المشتري الجديد .

## المبحث الثانى

### فى طرق حماية وضع اليد<sup>(١)</sup>

٢٢٦ — أوامر وضع اليد (les interdits possessoires) : يحمى القانون  
اندنى الحالى وضع اليد بنظام من الدعاوى تسمى بدعاوى وضع اليد وأهمها دعويان  
دعوى منع التعرض (la complainte) ودعوى استرداد الحيازة (la  
réintégrande) .

أما فى القانون الرومانى فقد كان وضع اليد محميا بإجراءات خاصة تسمى  
بالأوامر (interdits, interdicta) . وهى أوامر كان يصدرها البريتور ، بماله  
من الولاية الإدارية (imperium) ، لطرق النزاع على مال من الأموال ، تقضى  
بإبقاء الحيازة لواقع اليد وقت رفع النزاع إليه ، أو برد الحيازة لمن كان واضعاً يده  
على شىء اغتصب منه . فهذه الأوامر نوعان : أوامر لاستبقاء الحيازة (interdits  
conservatoires, interdicta retinendae possessionis causa) ، وأوامر  
رد الحيازة (interdits récupérateurs, interdicta recuperandae possessionis causa) .

٢٢٧ — أوامر استبقاء الحيازة : يقصد بها استبقاء الحيازة لواقع اليد  
ومنع خصمه من التعرض له حتى يثبت أنه مالك . وأوامر هذا النوع اثنان ،

(١) نضر للتوسع فى طرق حماية وضع اليد رسالة « Husson » فى استرداد الحيازة  
Le recouvrement de la possession en droit romain classique ، ، ليون  
سنة ١٩٢٥ .

الأول خاص بالمتقول ويسمى (interdit utrubi) والثاني خاص بالعقار ويسمى (interdit uti possidetis). وقد سمي الأمران المتقدمان كذلك نسبة إلى العبارات الأولى منها كما هي مدونة في منشور البريتور الدائم (l'édit perpétuel). ويستفاد من عبارة الأمرين المذكورين، أنهما كانا يصدران إلى الطرفين المتنازعين معاً، مما يدل على أن كلا منهما كان مدعياً أى يطالب بوضع اليد. ويكون النزاع على وضع اليد بينهما كمقدمة لدعوى الملكية، فيفصل ابتداءً فيمن يكون له وضع اليد في أثناء نظر النزاع على الملكية.

فبمقتضى الأمر الأول وهو الخاص بالمتقول (interdit utrubi) يأمر البريتور بعدم التعرض لمن يكون قد حاز المتقول مدة أطول من غيره في السنة السابقة مباشرة على صدور الأمر.

وبمقتضى الأمر الثاني وهو الخاص بالعقار (interdit uti possidetis) يأمر البريتور بعدم التعرض لوضع اليد الحالى على العقار أى وقت صدور الأمر. إنما يشترط فيمن ينتفع بهذه الأوامر أن يكون وضع يده غير معيب بالنسبة للخصم الذى ينازعه أو يتعرض له. وعيوب وضع اليد هي القوة والخلفاء والصفة العارضة. وبعبارة أخرى يشترط في واضع اليد الذى يريد دفع التعرض بالأوامر المتقدمة أن لا يكون قد سبق أن انتزع المال من الخصم بالقوة (vi) أو خفية (clam) أو استلمه منه بصفة مؤقتة (precario) (١).

٢٢٨ — أوامر استرداد الحيازة : أهمها اثنان وكلاهما متعلق بوضع اليد على العقار. ويقرر أحدهما جزاء لاستعمال القوة البسيطة (violence ordinaire) ويسمى (interdit unde vi cottidiana)، ويصدر هذا الأمر لمصلحة واضع اليد على العقار الذى اغتصب منه عنوة، إنما يشترط فيمن يريد الاستفادة من الأمر المذكور أن

---

(١) الحيازة المؤقتة « précaire » تنشأ عن اتفاق يعبه عقد عارية الاستعمال، بمقتضاه يعلم المالك إلى آخر مالا للانتفاع به مع وجوب رده إليه بمجرد طلبه، وكان يلجأ إلى ذلك رؤساء الأسر في القديم لمصلحة عتقائهم أو نزلاتهم. راجع جيار، طبعة سنة ١٩٢٩، ص ٦٣٤ و ٦٣٥.

يطلب رد الحيابة في خلال السنة التالية للاغتصاب ، وألا يكون وضع يده هو معيياً .  
ويقرر الآخر منهما جزاء لمن اغتصب العقار باستعمال القوة المسلحة ويسمى  
(interdit unde vi armata) . فهو يصدر ضد من اغتصب بالقوة المسلحة  
عقاراً في حيابة آخر حتى يلزم برده إلى واضع اليد وتعويضه عما أصابه من الضرر .  
ولا يشترط فيمن يستخدم الأمر الأخير الشرطان المتقدمان بل يجوز لمن اغتصب  
منه العقار بالقوة المسلحة أن يطلب رد الحيابة ولو بعد سنة من الاغتصاب بل  
ولو كان وضع يده معيياً .

٢٢٩ — حماية وضع اليد في قانون جستنيان — دعاوى وضع اليد :  
وقد استبدل بنظام الأوامر في قانون جستنيان نظام من الدعاوى الاستثنائية  
(actions extraordinaires) خاضعة لاجراءات خاصة ومستعجلة . فخلت محل  
أوامر استبقاء الحيابة (utrubi, uti possidetis) دعوى واحدة في النقول  
والعقار وبحكم دائماً فيها لمصلحة واضع اليد وقت رفع الدعوى . كذلك أدمجت  
أوامر استرداد الحيابة (unde vi, de vi armata) في دعوى واحدة عرفت  
في بعض النصوص بلفظ (actio momentariae possessionis) ويشترط  
رفعها في خلال سنة من الاغتصاب ولكنها ممكنة حتى بالنسبة لمن كان وضع  
يده معيياً .

### المبحث الثالث

فيمن يتمتع بحماية وضع اليد

لا يتمتع بنظام الأوامر أو بدعاوى وضع اليد في قانون جستنيان سوى واضعي  
اليد (les possesseurs ad interdicta) دون الحائزين للشيء حيابة مادية  
مجردة (les détenteurs) .

٢٣٠ — من يعتبر واضع يد : يعتبر واضع يد :

١ — المالك إذا كان واضعاً يده على ملكه سواء أكانت ملكيته رومانية



أم برتورية أم أجنبية أم إقليمية . وله لحماية حقه طريق دعوى الملكية وطريق دعوى وضع اليد وقد يفضل في بعض الأحيان سلوك الطريق الأخير .

٢ — واضع اليد حسن النية ، ومثله من يتلقى الملك من غير مالك يحسن نية أى معتقداً أن المتصرف إليه مالك .

٣ — واضع اليد سىء النية الذى يحوز الشيء ، ولكن بدون سبب صحيح وبسوء نية ، ومثله السارق والغاصب .

٤ — الدائن المرتهن رهناً حيازياً ( créancier gagiste ) بالنسبة للرهن المقدم إليه من مدينه ضماناً للدين .

٥ — الحارس القضائى ( dépositaire séquestre ) بالنسبة للمال المتنازع عليه المودع عنده حتى يفصل فى دعوى الملكية لصالح أحد المتنازعين .

٦ — المستأجر لآجال طويلة كمستأجر الأراضى الخراجية ( ager vectigalis ) والمحتكر .

٣٣١ — الحازرون ( les détenteurs ) : وعلى العكس من ذلك لا يعتبر غير من تقدم من واضع اليد ، بل مجرد حائزين ، وبالتالي لا يستفيدون من نظام الأوامر . وهم :

١ — المستأجر لآجال قصيرة إذ يعتبر حائزاً لحساب المالك .

٢ — المستعير ويعتبر حائزاً لحساب المعير .

٣ — المودع لديه العادى فلا يعتبر واضع يد بالنسبة للوديعة ، بل يبقى وضع اليد للمالك .

٤ — المتفع .

٣٣٢ — الفرق بين واضع اليد والحائز : لدى كل منهما الحيازة المادية ولكنهما يختلفان فى النية ، ولذا يجب علينا تحديد معنى النية اللازم توافرها عند واضع اليد .

لا نجد فى كتب الرومان حدا لهذه النية ، فحدها هو فى الواقع من صنع الشراح

العصريين . ويستند هؤلاء في ذلك إلى نصوص من القانون الروماني ولدينا في هذا مذهبان .

فالمذهب الأول ويدافع عنه سافيني ( Savigny ) يقرر بأن النية الواجب توافرها في واطئ اليد هي نية المالك ( animus domini ) ، فيجب أن يكون واطئ اليد معتقداً أنه المالك ، أو يتوى الظهور على هذا الشيء ظهور المالك له . وهذه النية متوافرة في المالك وواطئ اليد حسن النية وواطئ اليد شيء النية .

إنما تترض هذا الرأي صعوبة بالنسبة للأشخاص الآخرين كاللأئـن المرتـن والحارس القضائي والمحتكر ، وقد اعتبرهم القانون الروماني من واطئ اليد . ولكن سافيني ( Savigny ) تخلص من هذه الصعوبة بأن افترض أن المالك في الحالات الثلاث السابقة تنازل عن وضع يده للمحتكر والحارس القضائي واللأئـن المرتـن ، فلهؤلاء وضع اليد بطريق الاستعارة من المالك ( possession dérivée ) .

وأما المذهب الثاني ويدافع عنه إهرنج ( de Ihering ) فيرى بأنه لا يشترط في واطئ اليد سوى نية الاحتفاظ بالشيء . وهذه النية متوافرة بالنسبة لجميع الحائزين بما في ذلك المستأجر والوديع الخ . فكان يجب طبقاً لهذا الرأي منح الأوامر لجميع الحائزين وهو ما يخالف ما قرره القانون الروماني من وجوب التفرقة بين الحائزين وواطئ اليد الذين لهم وحدهم ميزة التمتع بنظام الأوامر ، فكيف يمكن التوفيق بين هذا الرأي وهذه التفرقة أو بعبارة أخرى كيف يبرر إهرنج حرمان الحائزين كالمستأجر من التمتع بنظام الأوامر لحماية حيازته ضد تعرض الغير له ؟

يفسر إهرنج هذا الحرمان باعتبارات عملية ترجع إلى الحالة الاجتماعية والاقتصادية عند الرومان . فهو يقول بأن المستأجر كان عند الرومان شخصاً ضعيفاً في حالة خضوع وتبعية بالنسبة للمالك وهو الشخص القوي ، لذلك رؤى من الأوفق أن تكون حماية وضع اليد للمالك ، لأنه أقوى وأقدر على منع تعرض الغير . وحرمان المستأجر منها لأنه ضعيف .

وأما بالنسبة للمستعير والوديع ، فقد علل ( de Ihering ) حرمانهما من الأوامر بأن كلا منهما ملزم قبل المالك برد الشيء ، فيجب ألا تمنحهما وسيلة يمكن استخدامهما ضد المالك .

وهذا فيما يتعلق بتعيين النية وهو ما يحملنا على بحث موضوع آخر يتصل به وهو حكمة حماية وضع اليد ومشروعيتها .

## المبحث الرابع

### في حكمة حماية وضع اليد

من أهم المسائل معرفة ما الذى حمل البريتور على حماية واضع اليد وقد يكون من بينهم غير المالك والمقتصب .

اختلفت الآراء فى ذلك وأهمها مذهبان ، مذهب سافيني ومذهب إهرنج .

٢٣٣ — **مذهب سافيني ( Savigny )** : يرى سافيني أن الحكمة فى حماية الشارع واضع اليد ، ولو كان غير مالك ، ترجع لحرص الشارع على حفظ النظام والأمن ، بمنع كل شخص من الحصول على حقه بالقوة بدون الالتجاء إلى السلطة العامة . فقد منح البريتور الأوامر إلى واضع اليد سواء أكان معتديا أم صاحب حق ، لاعتقاده بوجوب احترام الحالة المادية القائمة ، ومنع الأفراد من أخذ حقهم بالقوة . فلو اضع اليد أن يحتفظ بوضع يده حتى يصدر حكم من السلطة القضائية .

٢٣٤ — **مذهب رى إهرنج** : وقد رفض إهرنج الأخذ بنظرية سافيني مقررًا أن البريتور عند حمايته واضع اليد ، قصد حماية المالك ذاته . وقد يبدو هذا الرأي غريبًا لأول وهلة ، إذ قد توجه أوامر وضع اليد ضد المالك فى بعض الأحوال ، وقد تفيد السارق والغاصب . غير أن إهرنج رد على هذا الاعتراض بأن هذه الأحوال نادرة ، والنادر لا حكم له ، أما الغالب فى واضع اليد أنهم مالكون ، وهم من قصد البريتور حمايتهم عند منحه أوامر وضع اليد . فقد يفضل المالك لحماية حقه على ملكه استخدام الأوامر على رفع دعوى الاسترداد ، إذ يجب عليه ( ١١ ق - ر )

عند رفع دعوى الاسترداد إثبات ملكيته ، وهو أمر شاق ، فلا يكفي فيه أن يثبت سبب ملكيته ، بل يجب عليه إذا كان قد اكتسبها بطريقة ناقلة للملكية ، أن يثبت أن سلفه كان مالكا للمال الذي اكتسبه منه ، وأن سلفه كان مالكا له كذلك ، وأن يستمر في سلسلة الإثبات على هذه الصورة حتى يصل إلى سلف كان قد اكتسب هذا المال بطريقة منشئة للملكية ، أو كان قد تملكه بمضى المدة . ولذا كان أصح للمالك أن يطرق باب الوسائل المقررة لحماية وضع اليد ، إذ يكفي نجاحه في إعادة ما اغتصب منه إلى يده ، أن يثبت وضع يده عليه مدة سنة أو مدة أطول من خصمه في السنة الأخيرة . ولا شك في أن إثبات وضع اليد ، وهي حالة مادية ، أمر بسيط لا يقاس بجانب عبء إثبات الملكية . فكان الأصل في حماية وضع اليد إنما هو حماية الملكية بطريق أسهل من إثبات الملكية .

٢٣٥ — أثر النظرية الرومانية في الشرائع الحديثة : أخذت الشريعة الفرنسية<sup>(١)</sup> وكذلك كل الشرائع التي استمدت أحكامها منها ( كالشريعة البلجيكية واليطالية والمصرية ) بالفرقة بين وضع اليد والحيازة العرضية . فوضع اليد ( possessoion ) هو الحيازة الفعلية للشيء بنية تملكه أو بنية استعمال حق عيني عليه . وتعرف الحيازة العرضية ( détention ) بأنها حيازة الشيء مجرداً عن النية ولذلك لا يتمتع الحائزون ( détenteurs ) مثل المستأجر بدعوى وضع اليد . غير أن في هذا تطويل للأجراءات بدون موجب ، إذ يجب على المستأجر كلما تعرض له شخص في حيازته أن يرجع على المؤجر يطالبه بدفع هذا التعرض عنه . لذلك جرى العمل في فرنسا على اشتراط التنازل في عقد الاجارة عن دعوى وضع اليد للمستأجر حتى يتمكن من حماية يده عند التعرض له في الاتقاع بالشيء المؤجر دون الحاجة إلى الالتجاء إلى المؤجر بقصد دفع التعرض عنه .

أما الشرائع الحديثة كالقانون الألماني والسويسري<sup>(٢)</sup> فلم تأخذ بهذه التفرقة بين واضعي اليد والحائزين بل منحت جميع الحائزين دعوى وضع اليد بلا تمييز بينهم .

(١) بالمواد ٢٢٢٨ ، ٢٢٢٩ ، ٢٢٣٦ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٢٣ من قانون الشرافات الفرنسي .

(٢) راجع القانون اندن الألماني مادة ٨٠٨ والسويسري بالمادة ٩٢٠ (١) .

## الفصل الثالث

### في طرق اكتساب الملكية<sup>(١)</sup>

٢٣٦ - تمهيد وتقسيم : قد تكتسب الملكية على شيء من مالكة السابق وقد تكتسب على مال مباح لم يكن له مالك من قبل . فطرق اكتساب الملكية من النوع الأول تسمى طرقاً ناقلة للملكية (modes dérivés) وهي تنقل الملكية بقيودها العينية المقررة في عهد المالك السابق ، وطرق النوع الثاني تسمى منشئة للملكية (modes originaires) وهي تكسب الملكية خالية من أى حق عليها لغير المالك .

وتنقسم الطرق الناقلة للملكية بدورها إلى اختيارية وإجبارية تبعاً لما إذا كان نقل الملكية بإرادة المالك السابق أو رغماً منه . والطرق الاختيارية ثلاثة هي : الاشهاد (mancipatio) ، والدعوى الصورية (in jure cessio) ، والتسليم (traditio) . والاجبارية أيضاً ثلاثة وهي التقادم (usucapio) ، وحكم القاضى أو قرار البريتور ، ونص القانون .

ويمكن تقسيم طرق اكتساب الملكية من وجهة أخرى إلى طرق عامة (modes universels) ، وهي الشاملة لذمة الشخص أو لجزء نسبي منها كالنصف أو الثلث ، وهذه تفيد نقل الأموال بما عليها من الديون ، وإلى طرق خاصة (modes particuliers) وهي المقصورة على نقل شيء أو أشياء معينة من أموال الذمة دون نقل الديون .

---

(١) راجع : De Francisci, « Il trasferimento della proprietà » .

وكذلك يمكن تقسيمها من وجهة أخرى إلى طرق ناقله للملكية في أثناء الحياة ، خاصة كانت أو عامة ، كالهبة بـمال معين أو كبيع أموال الفـلس ، وإلى طرق ناقله للملكية بعد الوفاة ، عامة كانت أو خاصة ، كالـيراث أو الوصية بأموال معينة .  
وسنقصر دراستنا على الطرق الخاصة المكتسبة للملكية حال الحياة بنوعها الناقله والمنشئة .

## المبحث الأول

### في الطرق المنشئة للملكية

هذه الطرق هي :

- ١ — الاستيلاء ( occupatio ) .
  - ٢ — التنويع ( specificatio ) .
  - ٣ — تملك الثمرات ( acquisition des fruits ) .
  - ٤ — التبعية ( accessio ) .
- وكل هذه الطرق منشؤها قانون الشعوب ( jus gentium )<sup>(١)</sup> .

#### § ١ — الاستيلاء ( occupatio )

٢٣٧ — تعريف : الاستيلاء هو الصورة الصحيحة لاكتساب الملكية بطريقة منشئة لها . وهو عبارة عن وضع اليد على شيء غير مملوك لأحد ، بقصد تملكه .  
فبمجرد الاستيلاء على الشيء المباح يكتسب الشخص ملكيته مادامت لديه نية التملك .  
٢٣٨ — تطبيقات : ويشترط لتطبيق هذه القاعدة توافر شروط ثلاثة :

- ١ — أن يكون هناك وضع يد .
- ٢ — أن يكون المال الذي حصل اليد عليه لا مالك له .

---

(١) وأصبحت من طرق اكتساب الملكية المدنية منذ أوائل الإمبراطورية على الأقل فيما يتعلق بالأموال غير النخسية وبالنسبة لجميع الأموال في عهد جوستيان .

٣ — أن يكون وضع اليد بنية التملك .

ولا يتصور الاستيلاء إلا على الأشياء المباحة (res nullius) وأكثرها من الأموال النقولة ، وإليك بعض التطبيقات للاستيلاء في قانون جوستينيان :

١ — يجوز الاستيلاء على العقارات التي تتكون في عرض البحار بفعل الطبيعة دون أن تكون ملحقة بعقارات أخرى ، وكذلك الآلئ والأحجار الكريمة إذا وجدت في قاع البحر أو على شاطئه .

٢ — كذلك الحيوانات المتوحشة فيتملكها الشخص بصيدها سواء أحصل هذا الصيد في أرض مملوكة له أم في أرض مملوكة للغير ، ولكن في هذه الحالة للمالك أن يطالب الصائد بالتعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقت بأرضه من جراء دخوله فيها للصيد .

وذلك بعكس الحيوانات الأليفة فلا يتملكها الشخص بميازمتها ولو خرجت عن حيازة مالكها الأصلي إذ تبقى الحيوانات المفقودة ملكاً لمالكها الأصلي ، ويعتبر الحائر لها بسوء نية سارقاً .

٣ — وتعتبر الأسلاب وغنائم الحرب من الأشياء المباحة ، مع ملاحظة أن هذه الأسلاب أو الغنائم الناتجة من حرب نظامية لا تعتبر مالا مباحاً لمن استولى عليها ، إذ هي ملك للدولة التي تتولى فيما بعد توزيعها أو بيعها .

إنما يمكن تصور تملك فرد لشيء منقول مملوك لعدو بطريق الاستيلاء في صورة واحدة وهي حالة ما إذا قام نفر أو جماعة أو عصابة من الرومان بالسطو على القبائل البربرية المجاورة لحدود روما ، واستولوا على أموالهم . فقتل هؤلاء البرابرة يعتبرون من الأعداء إذ ليس بينهم وبين روما أية معاهدة ، وأموالهم كأشخاصهم حل لمن يستولى عليها .

٤ — الكنز (trésor) وهو كل شيء نفيس مخبأ أو مدفون في الأرض ، وليس في مقدور أي شخص أن يثبت ملكيته له ، ويعثر عليه بحض المصادفة . فإذا اكتشف المالك كنزاً بأرضه ملكه .

وقد اختلف الشراح في بيان السند القانوني الذي ينتهي إليه تملك الشخص الذي يجد كنزاً في أرضه ، فيرى بعضهم أنه يملكه بطريق الاستيلاء عليه ويرى البعض الآخر<sup>(١)</sup> ، ورأيهم هو الراجح ، أنه يملكه بطريق التبعية باعتباره جزءاً أو تابعا للأرض التي يملكها . وتظهر أهمية التفرقة بين الرأيين المتقدمين في أنه يشترط في الرأي الأول استيلاء المكتشف على الكنز بالفعل ، ولا يكفي الاكتشاف وحده كما في الرأي الثاني .

وأما إذا كان مكتشف الكنز غير مالك للأرض التي وجد بها ، فقد كان المستقر عليه قبل عهد الإمبراطور أدریان أن يذهب الكنز لمالك الأرض وليس للمكتشف عليه أى حق . ولكن الإمبراطور أدریان غير هذا الحكم ففتح المكتشف نصف الكنز تشجيعاً له واعترافاً بفضله .

وقد اختلف الشراح أيضاً في تكييف السند القانوني الذي يستند إليه تملك المكتشف لنصف الكنز . فبعضهم يرى أن المكتشف يملك نصف الكنز بحكم القانون مكافأة له على اكتشافه ، بينما يرى البعض الآخر أنه يملكه بطريق الإستيلاء باعتباره مالا مباحاً ( *res nullius* ) .

٥ — وهناك تطبيق آخر للاستيلاء يتعلق بالأشياء التروكة ( *res derelictae* ) وهي الأموال المنقولة أو الثابتة التي تنازل أصحابها عنها بإرادتهم . وحكمها في عصر جوستينيان أن من يستولى عليها يملكها باعتبارها مالا مباحاً . وقد وجد في العصر العلى تعليل آخر لهذه الحالة ، وهو أن الشخص الذي تنازل عن ملكه بتركه إياه ، إنما يسلمه بهجره له وتركه إلى شخص مجهول ، فمن يستولى عليه يملكه بطريق التسليم ( *traditio* ) من المالك الأصلي .

وتظهر أهمية التفرقة بين الرأيين في أن المالك طبقاً للرأى الثانى لا يفقد ملكيته على الشيء بمجرد تركه ، بل لا بد من استيلاء شخص آخر عليه .

---

(١) انظر كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ص ٢٨٠ .



## § ٢ — التحويل أو التنويع (specificatio)<sup>(١)</sup>

٢٣٩ — التعريف : التنويع هو تغيير نوع الشيء بالصنع ويحصل بإيجاد شيء جديد (nova species) كتحويل العنب إلى خمر والزيتون إلى زيت والخشب إلى كراسى والسبيكة إلى حلى .

وتظهر أهمية هذا البحث في حالة اختلاف الصانع عن المالك للمادة الأولية وعدم اتفاقهما على إحداث التنويع . فلن تكون ملكية الشيء الجديد؟ أم هي للمالك المادة الأولية أم للصانع الذي أوجد الشيء الجديد؟

٢٤٠ — فواغره : قد كان لاختلاف نظريات فلاسفة اليونان من حيث نظرهم إلى جوهر الأشياء تأثير كبير في تقرير أحكام التنويع . ذلك أن أرسطو وأتباعه يرون أن ما يهم في الأشياء هو مظهرها أو شكلها (forme) ، بينما يرى الرواقيون (les stoïciens) أن المهم فيها هو المادة (matière) التي تتكون منها هذه الأشياء .

وكان لاختلاف فلاسفة اليونان هذا أثره في اختلاف آراء فقهاء الرومان في العصر العلمي . فالسابينيون (Sabiniens) ، وقد تأثروا بمذهب الرواقيين ، ذهبوا إلى القول بأن الشيء الجديد ملك للمالك الشيء الأصلي ، فالتبذير يعتبر ملكاً للمالك العنب لأنه استخرج منه . ويرى البروكليان (Proculiens) عكس ذلك ، فهم يقررون بأن الشيء الجديد يكون ملكاً للصانع ، لأن المهم في هذه الحالة هو شكل الشيء أو صورته الجديدة التي خلقها الصانع لا المادة المتكون منها ، فيكون التبذير على ذلك لصانعه لا لمالك العنب بطريق الاستيلاء (occupatio) باعتبار الشيء المصنوع في صورته الجديدة شيئاً جديداً لم يكن له مالك بعد ، أو بناء على

---

(١) راجع في التنويع، R. Piccard, Recherches sur l'histoire de la spécification, thèse Lausanne, 1929, L. Falletti, L'emploi du terme forma (Mélanges Paul Fournier, 1929, pp 224- 228).

أن الشيء المصنوع يكون ملكاً لمن أوجده وهو الصانع .  
إلا أن جستنيان لم يأخذ بأحد الرأيين السابقين ، بل اختط سبيلاً وسطاً  
وفرق بين حالتين : حالة التنويع الكامل ( *spécification parfaite* ) ، وحالة التنويع  
الناقص ( *spécification imparfaite* ) . ففي حالة التنويع الكامل ، حيث يتكون  
شيء جديد لا يمكن إعادته إلى أصله كحالة النبيذ والزيت ، يندثر الشيء القديم بما  
عليه من الملكية عند صنع الشيء الجديد ، ويصير الشيء الجديد ملكاً للصانع  
( *spécificateur* ) .

أما في حالة التنويع الناقص ، أى في حالة ما إذا أمكن إعادة الشيء الجديد  
لأصله ، كما إذا حولت سبيكة من الذهب إلى آنية ، إذ يمكن إعادة الآنية الذهبية  
إلى أصلها ، يكون الشيء الجديد ملكاً للمالك الشيء الأصلي على أن يعرض الصانع  
عن الزيادة في القيمة بسبب عمله .

### § ٣ — اكتساب الثمرات ( *Acquisition des fruits* )

٢٤١ — **الثمرات للمالك** : القاعدة العامة أن منتجات الشيء ملك لصاحبه  
سواء أقيمت متصلة به أم انفصلت عنه ، وسواء أكانت من المحاصلات ( *produits* ) أم  
من الثمرات ( *fruits* ) . فإذا كانت متصلة بالشيء فتعتبر جزءاً منه ، أما إذا فصلت  
عنه فالمالك يملكها بطريق التبعية ( *accessio* ) لأنها تعتبر تابعة للشيء الأصلي  
ومالك الشيء الأصلي مالك للشيء التبعي طبقاً للقاعدة الرمانية المشهورة :  
( *accessio cedit principali ; accessorium sequitur principale* ) .

٢٤٢ — **تملك المستأجر والمتنفع الثمرات** : إنما قد تكون الثمرات لغير  
مالك الشيء الثمر إما بناء على حق عيني كالانتفاع أو حق شخصي كالأجرة أو بناء  
على مجرد وضع اليد على الشيء الذي أتيحت الثمرات كما هو حال واطئع اليد حسن النية  
( *possesseur de bonne foi* ) .

على أنه يجب التمييز بين المستأجر والمتنفع من جهة ، وبين واطئع اليد حسن

النية من جهة أخرى من حيث كيفية اكتسابهم الثمرات ، ومن حيث الأساس القانوني لتملكهم هذه الثمار .

ذلك أن المستأجر والمتفع يكتسبان ملكية الثمار بالجنى ( perception ) أى بالاستيلاء عليها فعلا ، ولا يكفي فى ذلك انفصالها بفعل آخر غير الجنى . فإذا سرق وهى متصلة بالأرض ، فلمالك الأرض وحده حق استردادها من السارق باعتباره المالك لها وعليه ردها بعد ذلك إلى المستأجر أو المتفع .

أما عن الأساس القانوني الذى يبنى عليه امتلاكهما الثمرات فيقول الشراح : إن المتفع يملك الثمرات بنوع من الاستيلاء ( occupatio ) بناء على حقه العيني . أما المستأجر ، وحقه شخصي ، وليس له سوى الحيازة العرضية ، فله الثمرات بطريق التسليم ( traditio ) من المالك .

٢٤٣ — **واضع اليد حسن النية** : أما واضع اليد حسن النية فيتملك الثمرات بمجرد انفصالها عن الشيء الثمر ( par la séparation ) وقبل أن يجنيها لنفسه أو يستحوذ عليها ، بحيث إذا فصلت بسرقة الغير ، فواضع اليد له استردادها ورفع دعوى السرقة دون المالك . وبنوا هذا الحكم على أن واضع اليد محق فى تملك الثمرات التى أنتجها عمله فى مقابل تعهده الشيء بالعناية والزراعة ( pro cultura et cura ) ، وعلى أن واضع اليد حسن النية رتب نظام معيشتة على هذه الثمار معتقدا أن الشيء ملكه فإذا استرد المالك ملكه بعد ذلك ، فليس له أن يطالب واضع اليد بالثمار السابقة أو بقيمتها .

هذا هو الحكم الذى انتهى إليه القانون الرومانى فى عصر الامبراطورية ، ولكن الحكم قبل هذا العصر كان مختلفا ، فقديما كان واضع اليد حسن النية لا يملك الثمرات ، إلا بمضى المدة المقررة لاكتساب المنقول بطريق التقادم على جنيتها .

وأما فى عصر جستنيان فإن واضع اليد حسن النية ، وإن كان يملك الثمرات بانفصالها إلا أن الامبراطور المذكور فرق بين الثمرات التى استهلكها واضع اليد

بالفعل وبين الثمرات الباقية عنده . فقرر أن للمالك الذي يسترد ماله ، الحق في استرداد الثمرات الباقية دون المستهلكة . وهذا التفريق بين الثمرات المستهلكة والثمرات الباقية منتقد كثيرا من الباحثين في القانون الروماني لوجود الحكمة التشريعية في النوعين<sup>(١)</sup> .

### § ٤ — التبعية أو الإضافة أو الالتصاق ( Accessio )

٢٤٤ — القاعدة العامة : الالتصاق أو إضافة الملحقات للملك سبب من أسباب التملك ، بمقتضاه يملك صاحب الشيء ما اتحد به اتحاداً يتعذر معه فصله منه بغير تلف .

والأصل أنه إذا اتحد شيئان فإنه يكون لـالكليهما الحق في طلب فصلهما ، ولكن إذا كان هذا الفصل غير ممكن أو يترتب عليه تلف فإن القانون يخول مالك الشيء الأصلي ( la chose principale ) أن يملك الكل ، ويعطى صاحب الشيء التابع ( la chose accessoire ) الذي اتحد بالشيء الأصلي تعويضاً ، على الأقل في الأحوال التي لم يكن فيها سبب الالتصاق بقصد منه .

وقد تقل هذا المبدأ المقرر في القانون الروماني إلى التشريعات العصرية باعتبار أن كل ما يلتحق بالملك يكون مملوكاً لصاحب الملك المذكور .  
والالتصاق على أنواع ثلاثة :

- ( ١ ) التصاق عقار بعقار كالطمي ، ( ٢ ) والتصاق منقول بعقار كالبناء ،
- ( ٣ ) والتصاق منقول بمنقول كاختلاط كميتين من الفلال .

فيصير الشيء التبعي ( chose accessoire ) ملكاً لصاحب الشيء الأصلي ( chose principale ) سواء أكان ذلك في حالة التصاق عقار بعقار أم منقول بعقار ، أم منقول بمنقول .

### ٢٤٥ — الحالة الأولى : التصاق عقار بعقار : يحصل ذلك في حوادث

---

(١) راجع جيفار ، طبعة سنة ١٩٣٤ . الجزء الأول ، ص ٣٩٢ .

التغير التي تقع بفعل تيار المياه في الأنهار العامة بالنسبة للأراضي الواقعة على شواطئها وصورها أربعة :

الأولى : طمي النهر ( alluvio ) .

والثانية : طرح النهر ( avulsio ) .

والثالثة : الجزر المكونة في وسط النهر .

والرابعة : مجرى النهر المتروك أو المهجور ( lit abandonné ) .

الصورة الأولى : طمي النهر ( alluvion ) : هو الزيادة التي تحصل تدريجيا وبصفة غير محسوسة بما يضيفه النهر من الطمي إلى الأراضي المجاورة له ، فهو عبارة عن التربة المكونة بجانب الأرض تدريجيا بفعل التيار الطبيعي بما تضيفه المياه إلى الأرض أو بما يتركه المجرى من الشاطئ عند انسحابه إلى الشاطئ الآخر فهذه الزيادة تكون ملكا لأصحاب الأراضي التي التصقت بها بطريق التبعية .

الصورة الثانية : طرح النهر ( avulsio ) : هو قطع من الأرض يفصلها النهر بقوة جريانه ويضمها إلى أرض أخرى مقابلة . فهذه الأراضي تبقى ملكا لمالكها الأصلي حتى تنبت جذور الأشجار التي كانت هامة عليها في الأرض التي التصقت بها . فاذا أهمل مالكها الأصلي في المطالبة بها مدة تكفي لتثبيت الجذور فإنها تصبح تابعة للأرض التي التصقت بها وملكاً لمالك هذه الأرض .

الصورة الثالثة : الجزر المكونة في وسط النهر : وهي التي تنشأ في مجرى النهر من تراكم الطمي ، وتكون ملكا لأصحاب الأراضي المقابلة للجزيرة .

وقد تصور الرومان لتوزيع الجزيرة على أصحاب الأراضي المقابلة خطأ وهميا يشق النهر قسمين متساويين فيمنح أصحاب الأراضي المجاورة ما يقع من الجزيرة في النصف المقابل لأرضهم .

ويجب التمييز بين الجزر التي تكونت بفعل تراكم الطمي في مجرى النهر عن التي تكونت من شق النهر للأراضي الموجودة على ضفته ، فهذه الجزر تبقى ملكا لصاحبها الأصلي .

الصورة الرابعة : مجرى النهر المملوك ( lil abandonné ) : أى الذى تحول عنه النهر إلى جهة أخرى . فمجرى النهر المهجور هذا يكون ملكاً لأصحاب الأراضي المقابلة له ويوزع بنفس القاعدة المقررة في الصورة المتقدمة .

٢٤٦ — الحالة الثانية : التصاق منقول بعقار : قد يحدث أن يلتصق منقول بعقار بحيث لا يمكن فصلهما بعضهما عن بعض بدون ضرر أو تلف . وقد نص القانون الرومانى على صورتين لهذه الحالة وهما البناء والغراس . فقد يحدث أن يبنى شخص على أرض مملوكة له بأدوات ومهمات مملوكة للغير أو يقوم ببناء على أرض مملوكة للغير بأدوات ومهمات مملوكة له .

الصورة الأولى : البناء على أرضه البانى بأدوات ومهمات مملوكة للغير : تعتبر الأرض في هذه الحالة الشيء الأصيل ، والبناء الشيء التبعى ، فيكون البناء مملوكاً لصاحب الأرض بالتبعية . أما عن حق صاحب المهمات في التعويض قبل المالك ، فيجب فيه التفريق بين ما إذا كان البانى حسن النية أو سىء النية . فان كان حسن النية أى يعتقد أن الأدوات والمهمات ملكه ، فإنه يملك البناء ، إنما لصاحب الأدوات أن يطالبه بضعف قيمة المهمات . ولكن ليس لصاحب الأدوات مطالبة البانى بهدم البناء وتسليمه الأدوات التى أخذت ، على أن لمالك المهمات أو الأدوات إذا أنهدم البناء لأى سبب كان ، سواء بفعل البانى أو بفعل خارج عن إرادته ، الحق في المطالبة بمهمات بهدمه بشرط ألا يكون قد حصل على التعويض . أما إذا كان البانى سىء النية ، أى يعرف أنها ملك الغير . ففي هذه الحالة يملك المالك البناء بالتبعية أيضاً ، إنما لمالك الأدوات مطالبته بتسليمها . ولما كان هذا التسليم غير ممكن مادام البناء قائماً فإنه يحكم عليه فوق الضعف بتعويض الضرر الذى لحق صاحب المهمات بسبب حرمانه من أدواته ، وكذلك يبقى حق المالك للأدوات في استردادها إذا ما أنهدم البناء لأى سبب كان ، ولو كان قد أخذ تعويضاً عنها .

الصورة الثانية : البناء على أرضه الغير بأدوات مملوكة للبانى : في هذه الحالة

أيضا يكون البناء ملكا لصاحب الأرض بالتبعية ، ولصاحب الأدوات التعويض ولكي نعرف مقدار التعويض يجب أن نفرق بين حالتين :

الأولى : إذا كان الباني حسن النية

الثانية : إذا كان الباني سيئ النية

فاذا كان الباني حسن النية ، أى كان يعتقد أن الأرض التى بنى عليها ملكه ثم ظهر المالك الحقيقى ، فيكون البناء ملكا للمالك الأرض الحقيقى ، إنما عليه أن يعرض الباني حسن النية ، وللباني أن يحبس العين تحت يده حتى يدفع المالك قيمة التعويض ، وهو أحد أمرين يخير المالك بين دفع أيهما ، فيكون خيرا بين دفع قيمة المهمات أو الأدوات وأجرة العملة ، وبين دفع ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء ( plus value ) . إنما إذا خرج العقار عن يده فلا حق له قبل المالك المسترد حتى يتهدم البناء ، فيكون له حينئذ الحق فى استرداد أدواته التى استخدمها فى البناء .  
وأما إذا كان الباني ( واضح اليد ) سيئ النية ، أى يعلم أن الأرض مملوكة للغير ، فلا حق له فى التعويض إطلاقا من المالك ، إنما له إذا كان حائزا للعقار إزالة البناء بشرط ألا يضر الهدم بالعقار ، وله استرداد الأدوات متى انفصلت عن الأرض لأى سبب كان .

أما فى حالة الغراس ، فاذا غرس شخص أشجارا مملوكة للغير بأرضه بحسن نية ، فانه يملك هذه الأشجار باعتبارها تابعة ، وإنما عليه تعويض مالكيها عن قيمتها .

وإذا كان الغارس أو الزارع سيئ النية فانه يطالب بتعويض كل الضرر الذى لحق مالك البذور أو الأشجار ، بسبب حرمانه من بذوره أو أشجاره ( لا بالقيمة فقط ) .

ويلاحظ أن الغراس يختلف عن البناء فى أنه إذا انفصل عن الأرض فليس للمالكه الأصيل أن يطالب به ، لأن الأشجار المغروسة تكون قد تغيرت بالنمو بما تغذته من الأرض فى هذه المدة .

٢٤٧ — المحاضرة الثالثة : التصاق منقول بمنقول : يجب علينا في هذه الحالة

أن نفترض أن النقولين مملوكان لشخصين مختلفين ، وأن الالتصاق لم يكن بناء على اتفاق سابق بين المالكين ، وإلا كان مصيرها طبقا لهذا الاتفاق . كذلك يجب أن ينشأ من الالتصاق شيء جديد أو على الأقل أن يتحد المنقولان اتحادا لا يمكن فيه فصل أحدهما عن الآخر بدون كسر أو تلف أو أن يستحيل الفصل مطلقا ، كاستخدام حرير الغير في تطريز معطف أو تركيب عجلة في عربة أو تصوير صورة على لوحة أو اختلاط كيتين من الفلال أو مقدارين من النبيذ أو كتابة كتاب على ورق أو قرطاس مملوك للغير .

فلن الشيء الجديد ؟ إن المبدأ المقرر هو أن المادة التي استعملت في التطريز أو التي استعملت في الكتابة تصبح ملكا لمالك القماش أو الورقة باعتبار أن القماش أو الورقة ( القرطاس ) هي الشيء الأصلي ، وأن أدوات التطريز أو الكتابة هي الشيء التبعي ولا عبء بالقيمة في تمييز الشيء الأصلي عن الشيء التبعي . أما فيما يتعلق بالتصوير ، فقد قرر الشراح الرومان بأن الصورة تكون ملكا للمصور ، وذلك لأنهم لم يشاءوا أن ينزلوا بحذق المصور فيجعلوه تابعا للوحة ، وهي شيء تافه وعديم القيمة بجانب حذق المصور وإتقانه لفنه .

ويلاحظ أن هذا الحكم يختلف عن الحكم السابق ذكره بالنسبة للكتابة إذ اعتبرت الكتابة تابعة للقرطاس ويرجع السبب في ذلك إلى أن الرومان كانوا لا يرون في الكتابة سوى حروف مرصوصة ، لا تستلزم في الكاتب حذقا أو مهارة فنية . ويجب التفرقة بين الالتصاق ( accessio ) من جهة وبين الخلط ( commixtio ) أو المزج ( confusio ) من جهة أخرى ، وهو اختلاط أشياء مثلية بعضها ببعض كنييذ أو قح . وحكم هذا الاختلاط أن يصبح الشيء المزوج أو المخلوط ملكا بالمشاع للمالكين كل منهما بمقدار نصيبه ، ويكون لكل منهما طلب قسمة المزييج أو المخلوط<sup>(١)</sup> .

(١) راجع جبرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣٥١ .



## المبحث الثاني

### في الطرق الاختيارية الناقلة للملكية

٢٤٨ — **نقل الملكية بالتراضى** : فننقل الآن إلى الكلام على الطرق الاختيارية لنقل الملكية أى الكلام على نظرية نقل الملكية بالتراضى . ويجب أن نلاحظ مبدئياً أن التراضى أو الاتفاق ( convention ) لم يكن كافياً فى القانون الرومانى لنقل الملكية بل لا تنشأ عنه سوى التزامات أى حقوق شخصية ، أما الملكية فلا بد لانتقالها من عمل قانونى مستقل عن الاتفاق أو بعبارة أخرى من طريقة لنقل الملكية ( mode de transfert ) .

٢٤٩ — **طرق نقل الملكية** : وطرق نقل الملكية الاختيارية ثلاثة : الاشهاد ، والدعوى الصورية وكلاهما تابع للقانون المدنى ، والتسليم وهو من نظم قانون الشعوب . ولم يبق من هذه الطرق فى عهد جوستينيان سوى التسليم بعد زوال الاشهاد والدعوى الصورية . وقد استخدم الرومان الاشهاد والدعوى الصورية حتى العصر العلمى فى نقل الملكية على الأموال النفيسة والتسليم فى نقل الملكية على الأشياء غير النفيسة .

٢٥٠ — **القواعد المشتركة بين الطرق المتقدمه** : ويشترط فى جميع الطرق الثلاثة المذكورة أن يكون الناقل مالكا وأهلاً للتصرف ، إذ لا يملك شخص أن يملك ما لا يملك . إلا أن لهذه القاعدة استثناءات فقد يكون للشخص حق نقل ملكية شيء دون أن يكون مالكا له كالوصى والقيم بالنسبة لأموال الخاضعين لوصيتهم أو قوامتهم ، وقد يكون مالكا وأهلاً للتصرف دون أن يكون قادراً على نقل ملكية أموال معينة كمقاربات الدوطة أو الأشياء المتنازع عليها .

وتحوى هذه الطرق الثلاثة عناصر مادية تعطيها صفة العلنية ، وتؤدى إلى إظهار التصرف ، وكانت هذه العلنية مكفولة بالاشهاد الذى يتم بحضور شهود ، وبالدعوى الصورية التى تتم أمام القاضى وينقل الحيازة الفعلية فى التسليم .

## § ١ — الاشهاد ( Mancipatio )

٢٥١ — تطبيقات : الاشهاد إجراء يتم بالسبيكة والميزان (per aes et libram) . ويستخدم بالنسبة للأشخاص الأحرار والأشياء النفيسة ، فيستخدم لاكتساب السلطة الزوجية في حالة انعقاد الزواج بالشراء (coemptio) ، أو لاختضاع ولد لسلطة الغير (in mancipio) ، أو كطريقة غير مباشرة لتحقيق التبنى أو التحرير كما سبق بيان ذلك في كتاب الأشخاص ، وسنجد الاشهاد أيضاً كطريقة لإنشاء حقوق الارتفاق .

على أن الغرض الأول والمهم من الاشهاد كان نقل الملكية ، وربما كان الغرض الوحيد الذي يؤديه الاشهاد في العصر العلمي . وقد كان الاشهاد مستعملاً قبل الألواح الاثني عشر وظل كذلك طول العصر العلمي ، ثم ضاع كل أثر له في عهد جوستينيان .

٢٥٢ — إجراءات الاشهاد : تنحصر هذه الإجراءات ، كما يصفها لنا (Gaius) في :

- ١ — وجود بعض أدوات هي الميزان وقطعة من النحاس .
- ٢ — وحضور شخص حامل للميزان (libripens) .
- ٣ — وحضور خمسة شهود بالغين من الذكور .
- ٤ — وحضور الطرفين بمجلس العقد وكذلك وجود المال المراد نقل ملكيته إن كان منقولاً أو ما يرمز إليه به إن كان عقاراً . وتبدأ إجراءات الاشهاد بأن يقبض المكتسب (acquereur) على الشيء المراد نقل ملكيته (manu capere) ثم يعلن ملكيته له طبقاً للقانون الروماني (jus quiritium) ، مع بيان سبب تملكه (الشراء (emptio) مثلاً) ، ثم يضرب الميزان بقطعة النحاس ويسلمها إلى الناقل (aliénateur) كتمن للمبيع (quasi pretio) وكل ذلك دون أن يفوه الناقل بكلمة .

وسندرس فيما يلي التطور التاريخي للاشهاد ثم آثاره ودائرة استعماله في العصر العلمى .

٢٥٣ — تاريخ الشهادات : الاشهاد باجرائه المتقدمة طريقة رسمية وصورية لنقل الملكية . فهو عقد بيع صورى ( venditio imaginaria ) مع تصوير وزن ثمن غير حقيقى .

لكن هذه الاجراءات الصورية كباقي الاجراءات الشكلية الأخرى كانت في الأصل إجراءات حقيقية تتم بالفعل لتحقيق أغراض معينة وهو ما سنتبينه من دراستنا لتاريخ الاشهاد .

٢٥٤ — الشهادات في الأصل بيع حقيقى بمن معجل : فقد كان الاشهاد بيعا حقيقيا ( vente réelle ) قبل أن يصير بيعا صوريا ( vente fictive ) ، وذلك في العهد الذى كان فيه النحاس هو الأداة الوحيدة للتعامل بين الرومان . فالثمن كان سبائك من النحاس تسلم إلى البائع ، ولذلك وجد الميزان في عملية الاشهاد لوزن الثمن الذى كان في ذلك العهد معجلا في كل البيوع .

وإذا حللنا إجراءات الاشهاد الأخرى ، وجدنا أن قبض المشتري للمبيع ( manu capere ) يفيد أن المبيع من المنقولات ، وهو ما يؤدى بنا إلى الاعتقاد بأن الاشهاد يرجع إلى العهد الذى كانت الملكية فيه مقصورة على المنقول دون العقار . ولما كانت الألواح الاثني عشر قد نصت على الملكية العقارية بالنسبة لأموال الأسرة ( heredium ) ، أمكننا القول بأن الاشهاد يرجع إلى ما قبل عهد قانون الألواح الاثني عشر ، أو بعبارة أخرى إلى ما قبل عهد الجمهورية ، ثم شمل الاشهاد العقار بعد أن زال شرط وجود المبيع في مجلس العقد والاكتفاء بما يرمز إليه فيه .

أما عن اشتراط حضور خمسة شهود في عملية الاشهاد ، فقد ذهب في تفسيره بعض الشراح إلى أن هؤلاء الشهود كانوا يمثلون الطبقات الخمس للشعب طبقا للتقسيم الذى قرره سرفيوس تليوس ، لما يترتب على الاشهاد من نقل الملكية على أموال ( ١٢ ق — ر )

نقيصة يهيم للشعب جميعه أمرها . وذهب فريق آخر (Giffard, Collinet) إلى القول بأن الشهود الخمسة كانوا من أفراد العشيرة (gentiles) التي ينتمى إليها العاقدان ، يحضرون في العقد لضمان نقل الملكية<sup>(١)</sup> .

٢٥٥ — ثم صار يباع صوريا (vente fictive) : غير أن الاشهاد تحول فيما بعد إلى بيع صوري لا يوزن فيه الثمن بالفعل بل يرضى إليه فقط بقطعة من النحاس عدية القيمة . ولكن ما تاريخ هذا التطور ؟

يرى جيرار (Girard) أن هذا التطور قد تم منذ تاريخ قانون الألواح ، بدليل أن الاشهاد كان يستخدم منذ عهد الألواح الاثني عشر كوسيلة لنقل الملكية ولو لم يوزن الثمن بالفعل بمجرد تمام الاجراءات الأخرى أى ولو كان الثمن صوريا<sup>(٢)</sup> . ويرى آخرون ومنهم (Appleton)<sup>(٣)</sup> أن الثمن استمر العمل على وزنه بالفعل في عملية الاشهاد بعد قانون الألواح الاثني عشر بزمان طويل ، إما لأن النقود المضروبة لم تكن قد عرفت بعد ، وإما لأن النقود — وإن سلم بظهورها في ذلك العهد — فقد كانت في الغالب قديمة الاستعمال بحيث كانت تستلزم وزنها دائماً لتقدير قيمتها . ولذلك يرى هذا الفريق الأخير استبعاد قانون الألواح الاثني عشر عند تعيين تاريخ هذا التطور .

وكل ما يمكن تأكيده في هذا الصدد هو أن وزن الثمن صار صوريا منذ القرن الخامس لروما بظهور النقود كأداة للتعامل . ويحدد (Cuq) هذا الوقت بظهور النقود الفضية ، أى سنة ٤٨٦ من تاريخ روما أو سنة ٢٦٨ قبل الميلاد<sup>(٤)</sup> . ولكن بقي الميزان والسيكة في عملية الاشهاد كأثر من آثارها الأولى . وبذلك أصبح

---

(١) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣١٠ هامش ١ — وجيفار ، طبعة ١٩٣٤ الجزء الأول ، ص ٣٥٩ ، هامش ٣ .

(٢) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣١٠ .

(٣) انظر (Appleton) في المجلة العامة للقانون ، سنة ١٩٢١ ، (La Revue Générale de Droit. 1921) .

(٤) انظر كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٢٧٣ .

الاشهاد بيما سوريا فقط إذ السبيكة أو قطعة النحاس التي يسلمها المكتسب للناقل كانت في الواقع عديمة القيمة .

وهكذا بقي الاشهاد باجراءاته الشكلية الأولى مع تغير وظائفه واتساع أغراضه .

٢٥٦ — وأخيرا صار طريقة مجردة لنقل الملكية (acte abstrait de transfert) : أصبح الاشهاد حينئذ طريقة عامة لنقل الملكية على الأموال النفيسة .  
١ — فقد يستخدم الاشهاد لنقل الملكية تنفيذا لعقد بيع ، ولنقل ملكية المبيع إلى المشتري .

٢ — وقد يستخدم لنقل الملكية في غير حالة البيع ولو بدون مقابل لتحقيق هبة ، أو على سبيل الدوطة ، أو لتنفيذ وصية أو لتقرير ضمان عيني ، وفي هذه الأحوال كلها يتم الاشهاد بثمان صوري ( nummo uno ) .

وهكذا أمكن استخدام الاشهاد في عقود كثيرة ، ولتحقيق أغراض شتى . وهو ما يعبرون عنه بقولهم إن الاشهاد عمل مجرد ( acte abstrait ) أى مجرد عن سببه . فالملكية تنقل بناء على الاشهاد بمجرد تمام إجراءاته ، ولو اختلف الطرفان على السند الذى استند إليه ( الموسوعات ٤١ ، ١ ، ٣٦ ) .

٢٥٧ — زوال الاشهاد في عهد جوستينيان : بقي الاشهاد معمولاً به في العصر العلمى كما يؤيد ذلك بعض العقود المحفوظة لدينا من هذا العصر . غير أنه أصبح منذ القرن السادس لروما إجراءات سوريا ، فالثمان أصبح لا يوزن بالفعل ، وصار الاشهاد يتم بالكتابة . ثم إنه صار غير ضرورى لنقل الملكية على الأموال النفيسة . فضلا عن أنه لا يستعمل إلا نادرا في الامبراطورية الرومانية الشرقية . وأخيرا زال في عهد جوستينيان . ولذلك سنقتصر على بيان آثاره ونطاقه في العصر العلمى .

٢٥٨ — آثار الاشهاد في العصر العلمى : يترتب على الاشهاد نقل الملكية الرومانية ( dominium ex jure quiritium ) في الحال من الناقل المالك إلى

المكتسب ، ولو لم ينقل الحيازة فعلا إلى الأخير ، أو ولو لم يكن الأول واضعا يده على العقار الذى أراد نقل ملكيته .

ولكن المهم معرفته هو تعيين الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إلى المشتري فى حالة ما إذا أجرى الاشهاد تنفيذا لعقد بيع (vendendi causa) . وذلك لأن أغلب الشراح يرون أن الملكية لا تنقل بالاشهاد فى حالة البيع إلا إذا كان الثمن قد دفع بالفعل . وهذه القاعدة — أى تعليق نقل الملكية على دفع الثمن — قررها جوستينيان بخصوص التسليم (instutes, 2, 1, 41) . ويرى هذا الفريق من الشراح أن كلمة التسليم فى النص المذكور قد أدخلها جوستينيان نفسه ، وكان النص فى الأصل خاصا بالاشهاد ، حيث صار التسليم فى عهده الطريقة العادية والوحيدة لنقل الملكية بالتراضى .

ويرى فريق آخر من الشراح (Giffard, Collinet)<sup>(١)</sup> أن الملكية كانت تنتقل بمجرد تمام إجراءات الاشهاد ، بغض النظر عن دفع الثمن ، كنتيجة لرسمية الإجراءات (formalisme) . فالاشهاد ، وهو عمل مجرد (acte abstrait) ينقل الملكية بمجرد تمام إجراءاته مجردا عن أى اعتبار آخر . إنما من المحتمل جدا أن البائع كان يحتاط لنفسه بعدم إجراء الاشهاد قبل قبضه الثمن بالفعل .

٢ — كذلك يترتب على الاشهاد ضمان البائع استحقاق البيع (éviction) بمعنى أنه إذا اتضح أن الناقل قد تصرف فى ملك غيره واسترده صاحبه ألزم الناقل برد ضعف الثمن إلى المكتسب (acquéreur) وذلك بدعوى الضمان (actio auctoritatis) .

٣ — كذلك يضمن الناقل مساحة الأرض المبيعة كما حدها البائع فى الاشهاد . بمعنى أنه إذا ظهر أن قدر الأرض المبيعة ناقص عن المقرر فى الاشهاد وجب عليه أن يرد ضعف ثمن القدر الناقص وذلك بالدعوى المسماة (actio de modo agri) .

٢٥٩ — دائرة استعمال طريقة الاشهاد : لما كان الاشهاد من النظم المقررة فى القانون المدنى ، كان استخدامه مقصوراً على الرومان واللاتينيين القدماء ولكن

(١) انظر جيفار ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الأول ، ٣٩٢ .

سمح باستخدامه فيما بعد للأتينيين المستعمرين وكذلك للأجانب الذين منحوا حق التعامل ( commercium ) .

ولكن ماهي الأشياء التي يصح نقل ملكيتها بالاشهاد ؟ الأصل في الاشهاد أنه مقصور على الأموال النفيسة ، بل هو الطريق الضروري لنقل الملكية الرومانية على هذه الأموال . فلا يجوز استخدامه لنقل ملكية الأموال غير النفيسة . على أن الأمر ، وإن كان كذلك في القانون القديم ، فقد تغير الحال في العصر العلمى . ذلك أن هناك نصوصاً ترجع إلى القرن الثانى من الميلاد تفيد استخدام الاشهاد في نقل الملكية على بعض الأموال غير النفيسة كاللآلى والأشياء الثمينة والأراضى الاقليمية<sup>(١)</sup> .

### § ٢ — الدعوى الصورية ( L'in jure cessio )

٢٦٠ — **طبيعة الدعوى الصورية ومبادئها :** إذا كان الاشهاد بيعاً صورياً فالدعوى الصورية إجراء صورى أيضاً . وقد رأينا في دراستنا السابقة تطبيقات عدة للدعوى الصورية في باب العتق والتبني والوصاية . وسنرى تطبيقاً لها في تقرير حقوق الارتفاق . وهى كالأشهاد منصوب عليها في قانون الألواح الاثنى عشر ، ويرى بعض الشراح أنها تقررت لتكملة طريقة الاشهاد ، فهى لاحقة للاشهاد من حيث تاريخ ظهورها<sup>(٢)</sup> .

٢٦١ — **ايماءاتها :** إذا استخدمت الدعوى الصورية كطريقة لنقل الملكية فإنها ترفع في صورة دعوى الاسترداد . فيحضر الطرفان أمام الحاكم القضائى ، ويقرر المكتسب وهو قابض على الشيء المراد نقل ملكيته إليه بأنه مالك له طبقاً لأحكام القانون المدنى ، ثم يسأل البريتور الناقل إذا كان لديه وجه للاعتراض ، فإذا سكت أو أجاب سلباً ، حكم القاضى بالحقاق الشيء بملك المكتسب .

(١) راجع جيفار ، طبعة ١٩٣٤ ، الجز الأول ، ص ٣٦٣ .

(٢) جيار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣١٥ — فرانسكى ( Francisci ) ، في كتابه

( Il Trasferimento ) ص ١٢٩ هامش ١ .

والدعوى الصورية عمل من أعمال ولاية البريتور الادارية لا القضائية التي له مباشرتها حتى خارج المحكمة أو في غير الأيام المحدودة للتقاضى .

٢٦٢ — **مجال تطبيق الدعوى الصورية** : لا شك في جواز استخدام الدعوى الصورية لنقل الملكية على الأشياء النفيسة . إلا أنها كانت في الواقع نادرة الاستعمال في الأشياء النفيسة ، وغير مفيدة في نقل ملكية الأموال غير النفيسة ، لاستخدام العاقلين غالباً طريقة الاشهاد في نقل ملكية الأموال النفيسة ، والتسليم في غيرها .

٢٦٣ — **آثارها** : يترتب عليها نقل الملكية الرومانية كالأشهاد . وإنما لا يترتب على هذه الطريقة حق الضمان في حالة نقل ملك الغير أو ظهور نقص في مساحة المبيع . وهي فضلاً عن ذلك تستلزم حضور الطرفين أمام القاضى بحجة الفصل في النزاع ، وفي هذا من المضايقة ما أدى إلى زوالها عملاً قبل الاشهاد ، وأصبح لا أثر لها منذ عهد الامبراطور دقلديانوس ( ٢٨٤ — ٣٠٥ ) .

### § ٣ — التسليم ( Traditio )

٢٦٤ — **تعريف** : هو طريق غير شكلى لنقل الملكية تابع لقانون الشعوب ومبنى على نقل وضع اليد . فهو ينحصر في مناوله الشيء المراد نقل ملكيته يداً بيد . ولذلك يذهب كثير من الشراح إلى اعتبار التسليم أحدث تاريخاً من الاشهاد والدعوى الصورية ، ويرى بعض الشراح الآخرين أنه ليس هناك ما يمنع من الاعتقاد بوجود التسليم في القانون القديم لنقل ملكية السبائك والدواب الصغيرة ( petit bétail ) كالغنم والمعيز .

٢٦٥ — **مجال تطبيق طريقة التسليم** : كان يستخدم التسليم في العصر العلمى في أحوال أربعة :

١ — لنقل الملكية الرومانية على الأموال غير النفيسة ( res nec mancipi )



- ٢ — ولتقرير الملكية البريتورية على الأموال النفيسة ( *res mancipi* ) .  
٣ — ولنقل الملكية الأجنبية فيما بين الأجانب .  
٤ — ولاكتساب الملكية الاقليمية على الأراضى الاقليمية .  
أما في عصر جوستينيان فقد توحدت صور الملكية المختلفة وصار التسليم هو الطريق الوحيد لنقل الملكية على جميع الأشياء .

٢٦٦ — شروط : والتسليم عبارة عن نقل وضع اليد من شخص إلى آخر مصحوباً باتفاق الطرفين على نقل الملكية من المسلم ( *tradens* ) إلى المتسلم ( *accipiens* ) . أى أن التسليم الناقل للملكية يتكون من عنصرين ، عنصر مادي وهو نقل وضع اليد ( *cessio possessionis* ) ، وعنصر معنوي وهو النية المتبادلة بالتملك والتملك ويعبر عنه بالسبب الصحيح ( *Iusta causa* ) .

٢٦٧ — العنصر المادي أى نقل وضع اليد : وهو أن يوضع الشيء المراد نقل ملكيته تحت يد المكتسب . وكان يشترط في التسليم قديماً أن يحصل فعلاً ومادياً . ويكون هذا في المنقول بالتناول يدأيد . وفي العقار بأن يصحب الناقل المكتسب إلى العقار ويمكنه من الاستيلاء عليه فعلاً بأن يرافقه في كل أجزاء العقار . إلا أن هذا الركن المادي تحرر تدريجاً من صفته المادية ، وصار يكفي في العصر العلمى أن يوضع الشيء المراد نقل ملكيته تحت تصرف المكتسب كما يظهر ذلك من الأحوال الآتية :

١ — التسليم باليد الطويلة ( *traditio longa manu* ) : يكفي إذا كان العقار المراد نقل ملكيته شاسعاً ، أن يرتفع الطرفان إلى أرض عالية تشرف على العقار ، ويبين المسلم إلى المتسلم حدوده معلناً تسليمه إياه . هذا التسليم الذى يتم بعيداً عن العقار قد نقل إلى القانون الفرنسى القديم وأسماء الشراح بالتسليم باليد الطويلة .

٢ — التسليم الرمضى ( *traditio symbolique* ) : إذا أريد نقل وضع اليد على عقار مبنى أو مال منقول فيكتفى بتسليم رمضى . فمثلاً بالنسبة للمنزل يكتفى

بتسليم مفاتيحه دون الحاجة إلى تفقد كل الحجرات ، وبالنسبة للمنقول كقمح مثلاً بتسليم مفتاح المخزن المحتوى على القمح المبيع .

٣ — التسليم باليد القصيرة ( *traditio brevi manu* ) : يكون ذلك عندما يكتسب الحائز ملكية الشيء الموجود تحت يده . فبما كتسابه الشيء يعتبر واضح يد بعد أن كان حائزاً فقط ، وهذا يتم بتغيير النية وحدها دون حاجة إلى تسليم مادي من الناقل إلى المكتسب ، كما إذا اشترى المستأجر الشيء المؤجر .

٤ — ( *constitut possessoire* ) : وهي الحالة العكسية للمتقدمة وهي عبارة عن أن ينقل شخص ملكه إلى آخر ويبقى حائزاً له بصفته مستأجراً أو منتفعاً مثلاً ، فالكسب يكسب وضع اليد بنيته وحدها ( *animo solo* ) .

ولم تكن الأحكام المتقدمة المتعلقة بطريق نقل الملكية متبعة في بلاد الاغريق وفي مصر ، بل جرى العرف على تحرير عقدين ، أحدهما لاثبات البيع ، والآخر لاثبات نقل الملكية<sup>(١)</sup> . وقد أثر هذا العرف في حكم القانون الروماني في العصر البيزنطي فنص في مجموعة القوانين لجوستينيان ( *Code, 8, 33, 1* ) على أن نقل وضع اليد يمكن أن يتم بتسليم سندات الملكية ( *traditio instrumenti* ) ، أى بدون اشتراط استيلاء المكتسب بالفعل على الشيء المراد نقل ملكيته إليه .

٢٦٨ — **العنصر المعنوي أو السبب الصحيح** ( *justa causa* ) : لا يكفي التسليم المادي ، أى نقل وضع اليد ، لنقل الملكية ، بل يشترط أن يستند التسليم إلى سبب صحيح يفيد نقل الملكية . ذلك أن يكون عند المسم ( *tradens* ) نية نقل الملكية ، وعند التسلم ( *accipiens* ) نية اكتسابها . هذه النية المتبادلة هي التي تسمى بالسبب الصحيح . وقد يكون السبب الصحيح عقداً ، كبيع أو هبة أو بدل أو عارية استهلاك ، حيث التفاهم تام بين الطرفين في كل هذه العقود على نقل الملكية ، وقد يكون عملاً قانونياً من طرف واحد كوصية أو الوفاء بدين .

(١) انظر كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

(٢) راجع : A, Ehrhardt, *justa Causa traditionis*, 1930. R. Monier, le malentendu sur la causa traditionis ( *Studi Bonfante*, 111, pp 217-231 ).

غير أن فقهاء العصر العلمى وصلوا إلى اعتبار السبب الشرعى متوافراً إذا صدرت نية التمليك المتبادلة بين الطرفين ، ولو لم تستند إلى عقد صحيح سواء ترتبت على خطأ فى وجود العقد ، أم على خطأ فى طبيعة العقد ، أم على عقد غير جائز ، أو بعبارة أخرى سواء أنشأت عن عقد غير قائم فى الواقع ، أم عن عقد ساء فيه تفاهم الطرفين على الغرض من نقل الملكية ، أو عن عقد قائم فى الواقع ولكنه مخالف للقانون .

ومن أمثلة ذلك فى الحالة الأولى ( حالة الخطأ فى وجود العقد ) أن يسلم شخص آخر أشياء وفاء لعهد أو التزام غير موجود بينهما مع اعتقادها خطأ وجوده وفى الحالة الثانية ( الخطأ فى طبيعة العقد ) أن يعطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض ، فيتسلمها الآخر معتقداً أنها هبة . وفى الحالة الثالثة ( حالة حصول التسليم بناء على عقد غير جائز ) أن يقدم شخص لآخر أموالاً وفاء لاتفاق بينهما على أمر مناف للأداب .

فالرأى الغالب بين فقهاء الرومان أن السبب الشرعى متوافر فى الأحوال المتقدمة لوجود نية نقل الملكية عند السلم ، ونية اكتسابها عند التسليم . ويترتب على التسليم فى الأحوال المتقدمة نقل الملكية إلى التسلم ؛ بحيث لا يستطيع المسلم بعد ذلك عند وضوح الخطأ أو بطلان العقد أن يسترد هذه الأشياء بدعوى الملكية إذا انتقلت إلى يد الغير ، بل لا يستحق إلا تعويضاً عن قيمتها .

أما إذا لم تتوافر النية المتبادلة على نقل الملكية بين الطرفين فلا يترتب على التسليم نقل الملكية ، كما فى الأحوال الآتية :

١ — إذا سلم شخص إلى آخر شيئاً على أنه وديعة أو إجارة فتسلمه الآخر على أنه هبة أو بيع فلا تنتقل الملكية إلى التسلم إذ ليس لدى المسلم نية نقل الملكية ، ويكون لهذا الأخير استرداد ملكه فى أى وقت .

٢ — إذا كان أحد الطرفين عديم الأهلية ، كما إذا كان مجنوناً أو طفلاً أى

لم يبلغ سبع سنين ، إذ كل من المجنون أو الطفل عديم التمييز ، ولا يتصور قيام النية عند أحدهما وهو عديم الإرادة .

٣ — إذا ساء تفاهم الطرفين على محل العقد كما إذا باع شخص لآخر عقاره الموجود في روما واعتقد الآخر أنه يشتري العقار الموجود بمصر ، فتسليم الأول لا ينقل ملكيته إلى المشتري ، لعدم توافق الطرفين على نقل ملكية شيء واحد .

٢٦٩ — **طبيعة التسليم وأثره** : أصبح التسليم بناء على ما تقدم عملاً مجرداً عن سببه . فهو ينقل الملكية ولو لم يستند إلى عقد صحيح أو موجود بالفعل ، بل يكفي توافر نقل الملكية لدى المسلم واكتسابها عند المتسلم . فصار التسليم كالإشهاد بطريقة مجردة لنقل الملكية .

ويترب على التسليم نقل الملكية في الحال وإنما يجوز في التسليم خلافاً لطريقة الإشهاد أو الدعوى الصورية تأجيل نقل الملكية أو تعليقه على شرط واقف . والأجل هو حادثة محققة الوقوع في المستقبل ، كما إذا قرر الواهب بأن الموهوب له يصبح مالكا بعد سنتين . والشرط الموقوف هو حادثة منتظرة في المستقبل غير محققة الوقوع يتوقف على تحقيقها وجود العقد ، كما إذا وهب شخص إلى آخر منزله إذا رزق بولد . فلا تنتقل الملكية في هاتين الحالتين إلا عند حلول الأجل أو تحقيق الشرط .

كذلك إذا حصل التسليم تنفيذاً لعقد بيع ، فإن نقل الملكية إلى المشتري يبقى معلقاً على دفع الثمن ، إلا إذا اتفق الطرفان على ما يخالف ذلك ، إما صراحة كما إذا اتفقا على تأجيل الثمن ، أو ضمناً كما إذا قدم المشتري للبائع ضماناً للثمن .

٢٧٠ — **الخصوصة — نقل الملكية الاختياري في عهد جوستينيان** : يجب

كقاعدة عامة لنقل الملكية بالتراضي في عصر جوستينيان استخدام طريقة ( mode ) لذلك ، وهي التسليم أي نقل وضع اليد . فالإتفاق وحده لا يكفي لنقل الملكية بل لابد من التسليم ، وإنما لا يشترط في التسليم أن يكون مادياً ( traditio corporalis ) بل قد يكون حكماً ( ficta ) كما سبق بيانه ويكتفى فيه بتغيير النية . فكأن القانون

الرومانى كاد يقرر المبدأ المقرر فى قانون نابليون ، وهو نقل الملكية بمجرد التراضى ولا يخفى ما فى هذا المبدأ من الخطر على مصالح الغير ، إذ يساعد على إخفاء التصرف فى الملكية ، الأمر الذى أدى إلى التفكير فى ضمان علنية التصرفات الناقلة للملكية فى العصر البيزنطى بوسائل شتى ، أهمها تسجيل العقود فى سجلات المحاكم أو البلديات<sup>(١)</sup> .

## المبحث الثالث

### فى الطرق الاجبارية الناقلة للملكية

الطرق الاجبارية الناقلة ثلاث : ( ١ ) التملك بمضى المدة ؛ ( ٢ ) نقل الملكية بنص القانون ؛ ( ٣ ) نقل الملكية بحكم القاضى .

### § ١ — التقادم أو التملك بمضى المدة

( Usucapion et prescription )

٢٧١ — التقادم المكسب والمسقط : التقادم هو أهم الطرق الاجبارية لنقل الملكية وهو نوعان ، مكسب ( prescription acquisitive ) وهو الذى يؤدى إلى اكتساب الملكية والحقوق العينية ، ومسقط ( prescription extinctive ) وهو الذى يؤدى إلى سقوط الحقوق والتعهدات أيا كانت ، وقرر القانون الرومى التقادم كوسيلة لاكتساب الملكية بمضى مدة قصيرة منذ العصر القديم ، وغر باسم ( usucapio ) . ثم ظهرت صورة أخرى للتقادم بتوعيه المكسب والمسقط فى العصر العلمى ، وعرفت باسم ( præscriptio ) . وأخيراً عدل جوستينيان نظام التقادم كله ، وأدمج نظام التقادم القديم ( usucapio ) فى نظام التقادم الحديث وجعل منهما نظاماً واحداً لاكتساب الملكية بمضى المدة .

---

( ١ ) انظر : Cornil. Droit Romain. p 496-498 : Cuq. pp 269-270 .

ولذا سنبدأ بدراسة نظام التقادم بالمدة القصيرة (l'usucapion) أولاً في القانون القديم وثانياً في العصر العلي ، ثم ندرس صور التقادم الأخرى (les prescriptions) ، وأخيراً ندرس ما كان من أمر صور التقادم المتقدمة في قوانين الامبراطور جوستينيان .

#### ١ — التقادم بمضى المدة القصيرة (Usucapio) <sup>(١)</sup>

أولاً — التقادم القصير في القانون القديم :  
سبق أن رأينا عند دراستنا للأشخاص كيف كان مضي المدة سبباً لا كتساب بعض الحقوق . فالزوج يكتسب السيادة على زوجته إذا استمرت المعاشرة الفعلية بينهما مدة سنة بدون انقطاع . كذلك نصت الألواح الاثني عشر على أن مضي المدة يكتسب الملكية على العقار وغيره من الأموال ، فتكتسب الملكية بوضع اليد على العقار مدة سنتين وعلى المنقول بمضى سنة .

٢٧٢ — تطبيقاته : ويظهر تطبيق هذا النظام في حالتين : حالة كانت مقصورة على العهد القديم ، وحالة استمرت في جميع أدوار القانون الروماني وانتقلت منه إلى الشرائع الحديثة .

أما الحالة الأولى فهي أن يتصرف المالك في الملكية تصرفاً ناقصاً في إجراءاته الشكلية ، كبيع مال نفيس بطريق غير مكسب للملكية المدنية أى بالتسليم ، فوضع اليد المستمر ينقل الملكية المدنية إلى التسلم . هذه الوظيفة التي كانت للتقادم حتى العصر العلي زالت عندما أصبح التسليم في عصر جوستينيان طريقاً ناقلاً للملكية المدنية على جميع الأموال .

أما الحالة الثانية فهي حصول تصرف في الملكية معيب في جوهره أو في شروط صحته ، كالبيع الصادر عن غير المالك سواء أكان بطريق الاشهاد أم الدعوى .

---

(١) راجع : Esmein, Sur l'histoire de l'usucapio, Mélanges, 1886, pp

الصورية أم التسليم ، أو كالبيع الصادر عن مالك غير أهل للتصرف . فمثل هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري ، ولكن المشتري إذا وضع يده على البيع بناء على عقد البيع واستمر في وضع يده المدة القانونية اكتسب الملكية وصحح العيب انتهى كأن عالقاً بالعقد .

٢٧٣ — **حكمه مسروعة التقادم** : والحكمة في وضع هذا النظام أن المشرع يريد به ألا يترك حق الملكية معلقاً بين المالك الحقيقي وبين واضع اليد إلى مالا نهاية ، وأن يجازى المالك على إهماله ملكه وعدم المطالبة به . فهو إن أهمل ملكه غير جدير بالحماية ويفضل القانون عليه واضع اليد حتى يشجع الغير على استغلال الأموال المهمة . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فقد تقرر هذا النظام لمصلحة المالك نفسه باعفائه ، في حالة قيام نزاع على ملكيته ، من تتبع أصل ملكيته وملكته أسلافه جميعاً حتى المالك الأول الذي يكون قد اكتسب ملكية الشيء انتزاع عليه بطريق منشيء للملكية ، بل يكفي أن يثبت وضع يده عليه المدة القانونية .

٢٧٤ — **تاريخ التقادم القصير** : يرى بعض الشراح أن مدة التقادم في العصر الأول السابق على قانون الألواح الاثني عشر كانت واحدة بالنسبة للعقار والمنقول وهي سنة واحدة . ويعملون قصر هذه المدة بصغر مدينة روما ، إذ يصعب في بلد صغيرة أن يجهل المالك وضع يد الغير على ملكه ، وعليه فلا يلومن إلا نفسه إذا فقد ملكه بإهماله المطالبة به .

وقد كملت تدريجاً أحكام قانون الألواح الاثني عشر الخاصة بالتقادم ، فاشتراط بعدها ( بجانب وضع اليد مدة سنة أو سنتين ) ألا يكون الشيء مسروقاً أو مقتصباً بالقوة ، وأن يكون وضع اليد مستنداً إلى سبب صحيح وبمحسن نية .  
ثانياً — آثار التقادم القصير وشروطه في العصر العلمي .

٢٧٥ — **آثاره** : التقادم القصير ( usucapio ) طريق لنقل الملكية المدنية فهو مقصور على الرومانيين ولا يشمل إلا المنقولات والعقارات الرومانية والإيطالية

ويترتب على اعتباره من الطرق الناقلة ، أن واضع اليد يكتسب الملكية بقيودها العينية المقررة في عهد المالك السابق . فإذا كان الشيء محملاً بحقوق عينية لحقوق ارتفاق أو رهون انتقل كذلك إلى واضع اليد ، إذ يجب لسقوط هذه التكاليف العينية تقادم مستقل عن التقادم المكسب للملكية .

٢٧٦ — شروط : تنحصر هذه الشروط ، كما هي مقررة في العصر العلي في أربعة :

- ١ — أن يكون الشيء قابلاً لاكتسابه بمضى المدة .
  - ٢ — أن يكون هناك وضع يد مستمر طول المدة المقررة قانوناً .
  - ٣ — أن يكون وضع اليد مستنداً إلى سبب صحيح أو سند صحيح .
  - ٤ — وأخيراً أن يكون وضع اليد بحسن نية .
- ٢٧٧ — ١. أنه يكون الشيء قابلاً لاكتسابه بهذه الطريقة : سبق أن قلنا إن التقادم القصير طريق من طرق القانون المدني لا اكتساب الملكية الرومانية . فهو لا يكون إلا في الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للملكية الرومانية . فيشترط فيها إذن ما يأتي : —

- ١ — أن تكون من الأشياء الداخلة في دائرة التعامل .
- ٢ — وإذا كانت من الأموال الثابتة اشترط أن تكون رومانية أو إيطالية كذلك يشترط ألا يكون الشيء مما لا يجوز التصرف فيه أو اكتساب ملكيته بالتقادم ، كعقارات القاصر أو عقارات الدوطة أو أموال الامبراطور أو أموال الكنائس والأوقاف الدينية .

وأخيراً يشترط ألا يكون الشيء مسروقاً . قد تقرر هذا في قانون الألواح الاثني عشر وتأيد بعده بقانون أتينيا ( loi Atinia ) . ولا يمنع من عدم جواز تملك الشيء المسروق بمضى المدة أن يكون واضع اليد حسن النية ، إلا إذا عاد الشيء المسروق إلى مالكه قبل ذلك إذ يظهر من غيب السرقة ويجوز اكتسابه بعد ذلك بالتقادم .



وقد صدر قانون آخر في نهاية عهد الجمهورية (loi Plautia de vi) يحرم اكتساب الأموال الثابتة المقتسبة بالقوة بمضى المدة ، وقد صدر هذا القانون على أثر اضطراب الأمن والنظام في ذلك العهد .

وقد كان نتيجة حظر تملك الأموال المسروقة بمضى المدة أن صار تملك الأموال المنقولة بمضى المدة نادرا جدا . والسبب في ذلك يرجع إلى أن معنى السرقة في القانون الروماني كان واسعا جدا ، فهو يشمل كل تملك لمال منقول مملوك للغير بطريق الغش وكل تصرف في مال الغير مع العلم بذلك . فكل شيء مسروق أو مغتصب بطريق النصب أو خيانة الأمانة لا يمكن تملكه بمضى المدة ، سواء في ذلك السارق والمغتصب وغيرهما . ولهذا يندر وضع اليد على منقول مملوك للغير دون أن يكون مسروقا . ومن هذه الحالات النادرة أن يتصرف وارث إلى آخر في شيء وجده بالتركة يعتقد أنه من أموال مورثه حالة كونه معارا أو مؤجرا لمورثه أو مودعا لديه على غير علم من الوارث . فيجوز للمتصرف إليه في مثل الأحوال المتقدمة أن يملك الشيء بمضى المدة ، إذ الوارث الذي باع الشيء المذكور معتقدا ملكيته للمورث لا يعتبر سارقا .

٢٧٨ — ٢ . وضع اليد المدة القانونية : والمقصود بوضع اليد هنا هو وضع اليد المدني (possessio civilis) ، الذي سبق تمييزه عن الحيازة المجردة وعن وضع اليد المحمي بنظام الأوامر (possessio ad interdicta) ، أي يجب أن يكون وضع اليد بنية التملك (animus domini) . وتنطبق هنا جميع الأحكام السابق الكلام عليها في باب وضع اليد سواء ما كان منها خاصا بعيوب وضع اليد (وهي القوة والخفاء والصفة العارضة) أو بالعنصرين المادى (corpus) والمعنوى (animus) مع هذا التحفظ وهو أن النية اللازم توافرها هنا هي نية الظهور على الشيء بمظهر المالك .

وقد سبق أن بينا أن وضع اليد كان وحده كافيا في عهد قانون الألواح لاكتساب الملكية بمجرد مرور سنة أو سنتين عليه ، بشرط ألا يكون المال

مسروقا . بل بقي هذا الأمر كافيا لاكتساب بعض حقوق الأسرة بدون اشتراط الشروط الأخرى ، وهى حسن النية والسبب الصحيح ، كالسيادة الزوجية لمن يضع يده لمدة سنة على زوجته ، وكصفة الوارث لمن يضع يده لمدة سنة على تركه مهمة (hérité abandonnée) ، فواضع اليد على التركة المتروكة يكتسب أموالها من عقار ومنقول وحقوق ويلتزم بديونها وعبادة الأسرة .

ويجب أن يستمر وضع اليد بالمعنى المتقدم بدون انقطاع المدة القانونية ، وهى سنتان بالنسبة للعقار ، وسنة واحدة بالنسبة للمنقول . فإذا انقطع وضع اليد يوما واحدا ضاع كل أثر للمدة السابقة ، بحيث إذا عاد الشيء إلى واطئع اليد وجب عليه وضع يده من جديد .

والانقطاع نوعان : فقد يكون طبيعيا (interruption naturelle) وهو يكون بزوال اليد أو رفعها . كأن يستولى المالك الأصل على ملكه ، أو كضياع الحياة من واطئع اليد لأى سبب آخر . وقد يكون مدنيا (interruption civile) كرفع دعوى الاسترداد من المالك للمطالبة بملكه . والانقطاع الطبيعى وحده هو الذى كان يؤدى إلى ضياع المدة السابقة . أما رفع دعوى الاسترداد فلم يكن يمنع من استمرار احتساب المدة حتى وقت الاشهاد على الخصومة (litis contestatio) ذلك أن الانقطاع المدنى لم يتقرر إلا فى القانون الرومانى الحديث . وكذلك لا يعرف القانون الرومانى القديم مبدأ وقف سريان مدة التقادم (suspension) فى حالة ما إذا كان المالك عديم الأهلية .

٢٧٩ — ٣ . السبب الصحيح (justa causa) أو السر الصحيح (justus titulus) : يجب أن يستند وضع اليد إلى سبب صحيح أى إلى عمل قانونى (acte juridique) أو حادث قانونى (fait juridique) يبرر وضع يد المكتسب بمضى المدة ، ويكون فى الغالب تصرفاً من شأنه نقل الملكية لو كان الناقل مالكا حقيقيا للشيء الذى تنازل عنه وأهلا للتصرف فيه .

ولفهم معنى السبب الصحيح فى التقادم يجب التفرقة بين ما إذا اكتسب واطئع

اليـد الحيازة بطريق التسليم ( traditio ) أى بطريق نقل الحيازة إليه من شخص آخر ، أو يكون قد وضع يده بإرادته وحدها .

ففى الحالة الأولى — وهو ما إذا كان مصدر وضع يده التسليم — إذا لم تنتقل الملكية إلى التسلم ، إما لأن المسلم لم يكن مالكا لما تصرف فيه ، أو كان المال من الأشياء النفيسة ، كان للتسلم أن يكتسب الملكية بمضى المدة بشرط أن يستند وضع يده إلى سبب صحيح . والسبب الصحيح لوضع اليد هنا هو نفس السبب الصحيح للتسليم الناقل للملكية ، وهو كما رأينا ( عند الكلام على التسليم باعتباره طريقة لنقل الملكية ) قد يكون بيعاً أو وصية أو تقريراً لدوطة أو وفاء لدين الخ .

وفى الحالة الثانية وهى حالة ما إذا لم يكن مصدر وضع اليد التسليم بل يرجع لإرادة واضع اليد وحدها ، فانه يشترط لتمامك واضع اليد لما تحت يده بمضى المدة أن يستند وضع يده إلى سبب صحيح يفيد التملك ، كسند الارث ( usucapio pro herede ) كما إذا استولى الوارث على مال من أموال الغير موجود فى تركه مورثه معتقداً أنه من أموال التركة ، أو الترك ( pro derelicto ) كما إذا ترك شخص شيئاً لائملكه فان من يضع يده على الشيء التروك هذا لا يملكه إلا بوضع اليد عليه المدة القانونية وسبب وضع يده هنا هو الترك أو الهجر .

فترى مما تقدم أن السبب الصحيح فى التقادم ( justa causa usucapionis ) يختلط فى كثير من الأحيان مع السبب الصحيح فى التسليم ( justa causa traditionis ) ، إنما قد يتميز عنه فى بعض الأحوال الأخرى .

٢٨٠ — ٤ . حسن النية : ( la bonne foi ) : هو اعتقاد واضع اليد خطأ أنه اكتسب الملكية ، أو بعبارة أخرى اعتقاده خطأ أنه تلقى الشيء من مالكه ومن له حق التصرف فيه . والخطأ المقصود هنا هو الخطأ فى الواقع ( erreur de fait ) ، كأن يتعامل شخص مع قاصر معتقداً أنه بالغ . فلا يشمل الخطأ الناشئ عن جهل للمبادئ القانونية ( erreur de droit ) ، كأن يتعامل شخص مع آخر

يعلم بأنه قاصر وإنما يعتقد خطأ أن له حق التصرف قانوناً دون أخذ إجازة الوصى .  
وشرط حسن النية لا يلزم توافره إلا عند بدء وضع اليد بحيث لو عرف واضع  
اليد بعد ذلك أن الشيء مملوك لآخر فلا يؤثر ذلك في حالته إلا إذا كان سبب  
وضع اليد البيع فيشترط توافر حسن النية ليس فقط وقت بدء وضع اليد بل أيضاً  
وقت الاتفاق على البيع .

وحسن النية مفروض في كل إنسان حتى يثبت خصمه أنه سيء النية . أما  
السبب الصحيح فيجب على واضع اليد أن يثبته بما عنده من الأدلة حتى يستطيع  
أن يتمسك بوضع يده .

٢٨١ — هل يكفي السند الظني لاكتساب الملكية بمعنى المدة : هل  
يشترط في التقادم المكسب أن يستند وضع اليد إلى سبب صحيح موجود حقيقة  
أى إلى عقد بيع أو هبة مثلاً قد تم بالفعل ، أم يكفي أن يثبت واضع اليد حسن  
اعتقاده بوجوده حالة كونه غير موجود في الواقع ؟ أو بعبارة أخرى أيشترط في  
التقادم وجود سند حقيقى (titre réel) أم يكفي في ذلك السند الظنى (titre  
putatif) ؟ إن القاعدة التى قررها جوستنيان في كتابه للنظم تقضى بأن الخطأ في  
وجود السند لا يبيح التقادم ، أى أن السند الظنى لا يكفي ، بل يجب أن يستند  
وضع اليد إلى سند حقيقى موجود بالفعل . إلا أن هناك نصوصاً منسوبة لبعض  
شراح العصر العلمى تقضى بجواز أن يكون السند الصحيح مجرد سند ظنى ، متى  
كان لواضع اليد من الأسباب المعقولة ما يحمله على الاعتقاد خطأ بوجود السند  
الصحيح ، أى متى كان خطؤه مقبولا .

ب — التقادم بالمدة الطويلة (les prescriptions)

٢٨٢ — فائدة ظهوره : التقادم القصير من طرق اكتساب الملكية  
التابعة للقانون المدنى ، فكان لا يمكن التمسك به لصالح أجنبي أو على أرض إقليمية .  
لذلك كان لا بد من إنشاء نظام جديد للتقادم لسد هذا النقص لمصلحة واضعى اليد

الأجانب أو واضعى اليد على عقارات إقليمية . هذا النظام الجديد هو نظام التقادم بالمدّة الطويلة ( *præscriptio longi temporis* ) . ثم نشأ نظام آخر في العصر الأخير من الامبراطورية ( عهد قسطنطين ) عرف بالتقادم الطويل جداً ( *præscriptio longissimi temporis* ) .

#### ١ — التقادم الطويل ( *præscriptio longi temporis* )

٢٨٣ — **مصره :** كان الاعتقاد سائداً قديماً بأن هذا النظام من عمل البريتور وحكام الأقاليم . غير أن أوراق البردى التى اكتشفت حديثاً دلت على أنه نظام مستمد من القانون الاغريقى ، وأنه صار العمل به فى أواخر القرن الثانى من الميلاد بمقتضى أوامر إمبراطورية . وقد تقرر هذا النظام أولاً لمصلحة واضعى اليد على الأراضى الإقليمية ، ثم طبق بعد ذلك لمصلحة الأجانب على النقولات والأرضى الايطالية<sup>(١)</sup> . فهو نظام من نظم قانون الشعوب .

٢٨٤ — **سروط :** ليس هذا النظام طريقة مكسبة للملكية ، بل هو وسيلة للدفاع تمنح ضد المالك لمن استمر وضع يده مدّة طويلة بدون منازعة . وهو خاضع لنفس الشروط القانونية السابق بيانها فى التملك بمضى المدّة القصيرة ( فيشترط فيه السبب الصحيح وحسن النية ) مع اختلاف فى مدّة التقادم وفى كيفية احتسابها .

٢٨٥ — **المدّة فى التقادم الطويل :** هى عشر سنين إذا كان المالك وواضع اليد مقيمين فى إقليم واحد ، وعشرون سنة إذا كانا مقيمين فى إقليمين مختلفين . ويلاحظ على هذه المدّة أنها أطول بكثير من مدّة التقادم السابق الكلام عليه وذلك راجع إلى اتساع أنحاء الامبراطورية الرومانية .

٢٨٦ — **طريقة احتسابها :** أما من حيث كيفية حساب المدّة فيخضع هذا النظام للقواعد السابق بيانها بخصوص التقادم القصير ما عدا ما يأتى :

١ — تنقطع مدة التقادم الطويل برفع الدعوى أى أن مدة التقادم الطويل يجوز أن تنقطع مدتها أو طبيعياً .

٢ — يوقف سريان مدته بالنسبة لبعض أشخاص عاجزين عن قطعها . فتتقضى قوانين شتى صدرت فى القرن الثالث من الميلاد بعدم سريان مدة التقادم الطويل ضد الجندى الذى يغيب فى خدمة عامة ، أو ضد الصبي غير البالغ ، وذلك حتى ينتهى العائق ، أى حتى حضور الجندى الغائب أو حتى بلوغ الصبي .

٣ — ضم مدد وضع اليد (jonction des possessions) : ما ذا يحدث فيما إذا مات واضع اليد أو تصرف فيما تحت يده لآخر قبل تمام المدة المقررة قانوناً ؟ فرق فقهاء الرومان بين الخلف العام كالوارث ، وبين الخلف الخاص كالشترى وكالموصى له بحال معين . فالأول يخلف سلفه تماماً فى المدة وفى النية بصرف النظر عن نيته الشخصية ، لأن الخلف العام يمثل سلفه ، والوارث تستمر فيه شخصية المورث . أما الثانى فليس له ضم مدة سلفه ، بل يبدأ وضع يد جديد بشروطه اللازمة لاكتساب الملكية . لكن القانون الرومانى الحديث — والراجح منذ أواخر القرن الثانى من الميلاد — سمح للخلف الخاص بضم مدة سلفه بشرط أن يكون كل منهما حسن النية سواء أكان الخلف قد أخذ الشيء من سلفه بمقابل أو بغير مقابل .

٢٨٧ — طبيعة التقادم الطويل : سبق أن قلنا إن هذا التقادم وسيلة للدفاع ضد دعوى المالك الحقيقى . فليس بصحيح القول بأن التقادم الطويل تقادم مسقط لدعوى الاسترداد التى للمالك الحقيقى بمضى ١٠ أو ٢٠ سنة . وعلى ذلك فإذا أهمل المالك الحقيقى المطالبة بملكه مدة ٢٠ سنة ، ثم فقد واضع اليد الحياة بعد ذلك ، فإن للمالك الحقيقى بالرغم من مضى المدة المذكورة استرداد ملكه من تحت يد واضع اليد الجديد ، إذ دعواه لم تسقط بمضى المدة .

كذلك لم يكن التقادم الطويل (præscriptio longi temporis) فى الأصل طريقاً لاكتساب الملكية الاقليمية أو الأجنبية كالتقادم القصير انتهى هو طريق لاكتساب الملكية المدنية . فاذا فقد واضع اليد الحياة

بعد تمام المدة المقررة قانوناً ، أى بعد ١٠ أو ٢٠ سنة على حسب الأحوال ، فليس له دعوى الاسترداد لاسترداد الشيء ، إذ هو لم يصبح مالكا بمضى المدة . ويستدل على أن التقادم الطويل كان في الأصل وسيلة للدفاع فقط من اسمه ، فعبارة ( *præscriptio* ) تفيد ما يكتب في صدر برنامج الدعوى ، والظاهر أنه كان في الأصل دفعا يكتب في صدر برنامج دعوى الملكية للحكم برفضها إذا ثبت وضع يد المدعى عليه مدة طويلة .

هذا في الأصل ، غير أن التقادم الطويل صار فيما بعد ، وفي تاريخ غير معلوم بالضبط ، طريقة لاكتساب الملكية .

## ٢ — التقادم الطويل جدا ( *La præscriptio longissimi temporis* )

نشأ هذا النظام في العهد الأخير من الإمبراطورية ويرجع أغلب الشراح إلى عهد قونستنتين ، وكانت مدته في الأصل أربعين سنة ثم أنقصها الإمبراطور تيودوز الثاني في سنة ٤٢٤ م إلى ثلاثين سنة .

٢٨٨ — طبيعة هذا التقادم وآثاره : لا يشترط في التقادم بمضى المدة الطويلة جدا السند الصحيح أو حسن النية . وهو ليس تقادما مكسبا للملكية كالتقادم القصير ( *usucapio* ) ، كما أنه ليس فقط وسيلة للدفاع كالتقادم بمضى المدة الطويلة ( *præscriptio longi temporis* ) . وإنما هو تقادم مسقط للدعاوى التي للمالك الحقيقي ، فمن يتمسك به يصبح بعد مضي المدة المتقدمة حائزا لما تحت يده محررا من كل القيود والتكاليف ، إذ المدة تسقط بالنسبة له دعوى الاسترداد وكل الحقوق المبنية المقررة على الشيء كحقوق ارتفاق أو رهون أو غيرها .

### ح — التقادم في عهد جوستينيان

٢٨٩ — **التقادم في أول عهد جوستينيان** : كان نظام التقادم ، كطريقة لاكتساب الملكية ، معقدا في أول عهد جوستينيان .  
فهناك التقادم بالمدة القصيرة ( usucapio ) ، ولو أنه فقد أهميته في حالة تسليم شيء نفيس ، لزوال التفرقة بين الأشياء النفيسة وغيرها .  
وهناك التقادم بمضى المدة الطويلة ( أى ١٠ أو ٢٠ سنة ) الذى أصبح طريقا مكسبا للملكية .  
وأخيرا كان يوجد التقادم بمضى المدة الطويلة جدا ( ٣٠ سنة ) باعتباره تقادما مسقطا .

٢٩٠ — **اصطلاحات جوستينيان** : عدل جوستينيان نظام التقادم كله بقانونين صدر أولهما في سنة ٥٢٨ وثانيهما في سنة ٥٣١ . ويمكن تلخيص هذه التعديلات فيما يأتى :

١ — قرر قانون سنة ٥٢٨ نظاما للتقادم بمضى مدة ٣٠ سنة ( praescriptio longissimi temporis ) بمقتضاء يكتسب واضع اليد الملكية على العقار بشرط أن يكون حسن النية ولكن بدون اشتراط السبب الصحيح .

٢ — أما بالنسبة لواضع اليد بدون سبب صحيح وبدون حسن نية ، فقد أبقى جوستينيان نظام التقادم بمضى المدة الطويلة جدا الذى سبقت دراسته باعتباره تقادما مسقطا . ومدة هذا النوع من التقادم ٣٠ سنة .

٣ — وبالنسبة لواضع اليد بسبب صحيح وبمحسن نية ، أدمج جوستينيان بقانون سنة ٥٣١ نظامى التقادم القصير ( usucapio ) والتقادم بالمدة الطويلة ( praescriptio longi temporis ) بعضهما فى بعض وفرق بين وضع اليد على النقول وبين وضع اليد على العقار :



- (١) فيكتسب واضح اليد حسن النية وبسبب صحيح الملكية على النقول بمضى ثلاث سنوات وقد أطلق جوستينيان على مضي المدة هذا اسم (usucapio) .
- (ب) ويكتسب الملكية على العقار بمضى عشر سنين بين الحاضرين وعشرين سنة بين الغائبين وأطلق على هذا النظام اسم (præscriptio) .

٢٩١ — أثر أعظم التقادم الروماني في تشريعاتنا العصرية : أخذ القانون المدني الفرنسي بالمبادئ العامة الرومانية في تملك العقار بمضى المدة (من المادة ٢٢٦٢ إلى المادة ٢٢٦٥) . ولكنه احتفظ في النقول بالتقاليد الجرمانية فنص على أن مجرد وضع اليد عليه بحسن نية وسبب صحيح مكسب للملكية في الحال ، ما لم يكن مسروقا أو مفقودا وحينئذ يكون تملكه بمضى ثلاث سنين (م — ٢٢٧٩) .

وقد اتبع المشرع المصري القانون الفرنسي في تملك العقار أو النقول بمضى المدة . غير أنه عدل المدة في العقار ، فلم يفرق بين الإقامة في إقليم واحد أو إقليمين وجعل المدة خمس سنين متى توافر حسن النية والسبب الصحيح وخمس عشرة سنة إذا لم يتوافرا (م ٤٦ ، ٧٦ ، ٨٦ أهلى) .

## § ٢ — نقل الملكية بنص القانون

٢٩٢ — قد تنتقل الملكية أيضا بحكم القانون من شخص إلى آخر . ويكون ذلك في الغالب على سبيل العقوبة ، فن ذلك :

١ — حكم القانون الامبراطوري الذي ينقل إلى الخزينة العامة (fisc) أو إلى الملتزمين بالضرائب (publicains) ملكية الأموال المحجوز عليها نظير الضرائب .

٢ — وحكم القانون الصادر من مجلس الشيوخ في عهد الامبراطور (Marc-Aurèle) الذي بمقتضاه يكتسب الشريك نصيب شريكه ، إذا لم يقم في ظرف أربعة

- شهور بدفع نصيبه في مصاريف إصلاح المنزل المشاع بينهما التي تكبدها الأول .  
٣ — ومن ذلك أيضا أن من يأخذ ملكه بالقوة من حائره بدلا من الالتجاء إلى القضاء يحرم من ملكيته لصالح هذا الحائر .  
٤ — وأخيرا أن من يترك عقارا خراجيا صالحا للزراعة يفقد بعد مضي سنتين ملكيته عليه لمن يستغله مع إعفاء هذا الأخير من الضريبة عشر سنوات .

### § ٣ — نقل الملكية بحكم القاضى

( Transmission de la propriété par autorité de la justice )

٢٩٣ — من المبادئ الثابتة في القانون أن الأحكام كاشفة للحقوق لا منشئة لها بمعنى أن وظيفة السلطة القضائية تنحصر في بيان الحقوق السابق وجودها وفي إعلانها لا في إنشائها أو نقلها من شخص إلى آخر ، ولكنها بصفة استثنائية تكون ناقلة لحق الملكية عند الرومان في أحوال ثلاثة : ( ١ ) حالة القسمة القضائية ( ٢ ) حالة النزل الآيل إلى السقوط ( ٣ ) حالة الضرر الناشئ بفعل العبد أو الحيوان المملوك للغير . وتنتقل الملكية في الحالة الأولى بناء على حكم من القاضى ( juge ) ، أما في الحالتين الأخيرتين فبناء على قرار من الحاكم القضائى ( magistrat ) .

( ١ ) مادة القسمة القضائية : ( adjudicatio ) (١) — وهي تشمل دعاوى ثلاثا : دعوى قسمة التركة ( actio familiae erciscundæ ) ، ودعوى قسمة الأموال المشاعة الأخرى ( actio communi dividundo ) ، ودعوى فصل الحدود بين الجيران ( actio finium regundorum ) .

فإذا لم يتفق الورثة أو الشركاء على فصل الأنصبة ، ورفعت دعوى القسمة من

---

(١) قارن مقالة الأستاذ ارنيجيو رويرو في مجلة القانون الرومانى (Bull. diritto romano)

أحد الورثة أو أحد الشركاء على الشيوع ، قام القاضى بهذه القسمة . وحكم القاضى بالقسمة يعتبر ناقلاً للملكية فى جميع الأحوال ، أى سواء أتمت القسمة عينا باعطاء الورثة أو الشركاء حصصاً متساوية ، أم باعطائهم حصصاً غير متساوية مع إلزام من يأخذ الحصة الأعلى ثمناً أن يدفع ما زاد فيها عن نصيبه إلى صاحب الحصة الأقل ثمناً ، أم بطريق التصفية باعطاء الملك كله إلى واحد منهم يلزم بتعويض الباقيين مالياً عن قيمة أنصبتهم ، إذ يعتبر الحكم قد نقل إلى كل شريك ما كان يمتلكه شركاؤه فى الحصة التى وقعت فى نصيبه .

كذلك إذا اختلف الجيران فيما بينهم على الحدود الفاصلة للملكهم ، ورفع أحدهم الدعوى الخاصة بذلك ، قام القاضى بتقرير الحدود ، وله فى سبيل ذلك أن يغير الحدود الحقيقية إذا لم يجد حداً مناسباً بين طرفى الملكين ، فله أن يحكم بنقل ملكية جزء من مال الجار إلى جاره ، مع إلزام هذا الأخير بتعويض الأول عن قيمة هذا الجزء ، وذلك بقصد إنشاء حد جديد ظاهر منتظم ، أو تثبيت حد طبيعى واقع فى أحد الملكين .

وبما أن حكم القاضى فى فصل المشاع أو الحدود ناقل للملكية من شريك إلى آخر ، أو من جار إلى جاره ، فإن موضوع هذه الملكية ينتقل مثقلاً بما كان عليه من قبل من الحقوق العينية .

( ٢ ) أما الحالة الثانية فتتلخص فى أنه إذا كان لشخص منزل مهدد بالسقوط ، ورفض أن يقدم ضامناً لتعويض الجار عما قد يحدث للملك من الضرر عند سقوط المنزل ، أصدر البريتور أمراً فى صالح الجار المشتكى بوضع يده على المنزل الآيل للسقوط ، فإن أصر المالك على امتناعه بعد ذلك ، أصدر البريتور قراراً ثانياً بمنح الملكية البريتورية للجار على المنزل ، ويجعله فى مركز المكتسب للملكية الرومانية بمضى المدة القانونية على وضع يده .

( ٣ ) وكذلك فى الحالة الثالثة تنتقل الملكية بأمر الحاكم القضاى . وهى حالة

ارتكاب عبد أو حيوان جريمة على الغير ، فالسيد أو المالك ملزم بمقتضى دعوى التخلّى إما بدفع مبلغ الغرامة المقررة قانوناً إلى المجنى عليه ، وإما بالتخلّى عن العبد أو الحيوان الذى وقع الضرر بسببه . فاذا تهرب السيد أو المالك من الدعوى المذكورة فإن البريتور يتدخل فى الأمر ، ويصدر إلى المجنى عليه الأمر بالاستيلاء على العبد أو الحيوان . إلا أنه لا يكتسب بذلك الملكية الرومانية وإنما يكتسب فقط الملكية البريتورية ، التى تتحول إلى ملكية رومانية بمضى المدة القانونية على وضع يده .

---

# الفصل الرابع

## في وسائل حماية الملكية

٢٩٤ - - المدعاوى المقررة لصالح المالك : يحمى القانون الرومانى حق الملكية بوسائل شتى :

١ - فللمالك دعاوى عينية للمطالبة بتثبيت ملكيته تعرف بدعاوى الملكية ( actions pétitoires ) ، وصورتها الرئيسية دعوى الاسترداد .

٢ - وفي الغالب يكون المالك واضعاً يده على ملكه ، فله من هذا الأساس أوامر وضع اليد لحماية يده على ملكه . ويفضل المالك عادة استخدامها في حالة فقد حيازة ملكه ، لعدم الحاجة فيها إلى إثبات ملكيته كما تقدم عند دراسة نظرية وضع اليد .

٣ - وله أيضاً بعض دعاوى شخصية موضوعها مقدار من النقود ، كدعوى السرقة ( actio furti ) ودعوى الاضرار ( actio legis Aquiliae ) فيما إذا لحق ماله ضرر بفعل الغير أو خطئه .

٤ - وأخيراً له بعض دعاوى خاصة كدعوى وقف العمل الجديد ( operis novi nuntiatio ) بمقتضاها يحق للمالك الاعتراض على الأفعال الجديدة الضارة بملكه ، ودعوى الضرر المهدد به ( actio damni infecti ) في حالة ما إذا كان عقاره مهدداً بمنزل جاره الآيل إلى السقوط .

٥ - وأخيراً له دعوى الإنكار ( action négatoire ) على من يدعى أن له حق ارتفاق أو حق انتفاع على ملكه .

وستقتصر على دراسة دعوى الاسترداد ( rei vindicatio ) ودعوى الإنكار

(action négatoire) والدعوى المقررة لحماية الملكية البريتورية المسماة  
(action publicienne) .

## المبحث الأول

في دعوى الاسترداد ( La rei vindicatio )

٢٩٥ — تعريفها : كانت دعوى الاسترداد في صورتها الأولى دعوى  
عينية مدنية يرفعها المالك للمطالبة برد ملكه إليه ، فهي دعوى عينية بحتة يقصد  
بها الحصول على الشيء أو قيمته ، ولكن إذا كانت دعوى الاسترداد كذلك في  
الأصل ، فقد صارت تدريجاً دعوى مركبة (action complexe) ، فصارت  
لا ترفع للمطالبة بالشيء وملحقاته فقط ، بل أيضاً بتعويضات متعلقة بالشيء  
فصارت دعوى عينية وشخصية في آن واحد . وعلى ذلك يمكن تعريف دعوى  
الاسترداد بأنها « دعوى عينية ، بمقتضاها يتقدم المدعى باعتباره مالكا لشيء  
معين ، مطالباً بتثبيت حقه عليه ، وبالحكم له بالتعويضات التي قد يكون  
محققاً فيها » .

وسندرس دعوى الاسترداد في أقسام ثلاثة : الأول في تاريخ دعوى الاسترداد ،  
والثاني في شروط استعمالها ، والثالث في موضوعها .

### § ١ — في تاريخ دعوى الاسترداد<sup>(١)</sup>

مرت دعوى الاسترداد بأدوار متعددة تبعاً لتطور نظام المرافعات والدعاوى ،  
فكانت ترتفع تحت نظام المرافعات القانونية ( legis actiones ) بطريق دعوى  
القسم ( sacramentum in rem ) ثم بطريق دعوى التعهد الشفوي (procédure  
per sponsionem) ، ثم صارت ترفع تحت نظام المرافعات الكتابية (procédure

(١) راجع للتوسع : Wetzell, Römischer Vindicationsprozess, 1845

(formulaire بطريق دعوى الملكية التحكيمية (procédure per formulam)  
(petitoriam).

وقد تغيرت أحكام دعوى الملكية هذه في عصر جوستينيان نتيجة لادخال نظام المرافعات الادارية (procédure extraordinaire). وسندرس هذه التطورات في أدواره الأربعة المذكورة.

٢٩٦ — ١. دعوى القسم (sacramentum in rem): كانت إجراءات هذه الدعوى تستلزم وجود الشيء المتنازع عليه في مجلس القضاء، فإن كان عقاراً فالظاهر أنها كانت تنظر في الأصل في محل وجود العقار. إلا أن (Gaius) يقول إنه إذا تعذر إحضار المال المتنازع عليه في مجلس القضاء، كما لو كان قطيعاً من الغنم أو مالا ثابتاً، فيكفي إحضار جزء منه يكون رمزاً له.

٢٩٧ — (١) إجراءاتها أمام الحاكم القضائي: تنحصر فيما يأتي:

(١) يقرر كل من الخصمين في مواجهة الآخر بعد أن يلمسه بمصاه ويقبض الشيء المتنازع عليه، أنه ملكه بحسب قانون الرومان، (vindictio) وcontravindictio. ثم يتدخل الحاكم القضائي فيأمرهما بترك الشيء المتنازع عليه ويكلف كلا منهما بحلف اليمين على صدق دعواه. (٢) ثم يتراهن الخصمان فيقول كل منهما للآخر: «حيث أنك طالبت بالشيء بدون وجه حق فاني أراهنك على ٥٠ أو ٥٠٠ آس» وكان مبلغ الرهان ٥٠٠ آس في حالة ما إذا زادت قيمة الشيء المتنازع عليه عن ١٠٠٠ آس و٥٠٠ آس إذا لم تزد عن هذا المبلغ. وكان يذهب مبلغ الرهان إلى الخزينة العمومية بالنسبة لمن خسر الدعوى. (٣) ثم ينظر الحاكم في أي الخصمين تكون له الحيازة مدة نظر النزاع. ويجب على من تقر له وضع اليد على الشيء المتنازع عليه مدة النزاع، أن يرده إذا خسر الدعوى. ويجب عليه أن يقدم لخصمه ضامنين يتعهدون للحاكم برد الشيء إلى الخصم الآخر إذا انضح صدق عينه. (٤) ثم يعين القاضي الذي سيفصل في موضوع النزاع. (٥) وتحتم

إجراءات هذه الدعوى في الدور الأول أمام الحاكم القضائي ، بأشهاد الحاضرين على تمام الاجراءات المتقدمة ، ويقال لهذا الاجراء الأخير الاشهاد على الخصومة ( litis contestatio ) .

٢٩٨ - ( ب ) الرور الثاني لدعوى القسم أمام القاضي (injudicio) :  
فاذا حضر الخصمان أمام القاضي شرح كل منهما دعواه ، وللقاضي أن يستأنس في تكوين عقيدته بكافة طرق الاثبات ، فله أن يلجأ إلى التحقيق أو اليمين ، وله أن يأخذ بالاعتراف الخ .

٢٩٩ - الحكم : ومتى كون القاضي رأيه ، حكم في أيهما صادق في يمينه ( sacramentum justum ) وأيهما كاذب فيه . ولكنه لا يتعرض في حكمه لموضوع الملكية فلا يثبت من هو المالك منهما .

٣٠٠ - طريقة تنفيذ الحكم : بقى أن نعلم طريقة تنفيذ الحكم المذكور ، أو بعبارة أخرى كيف يصل من حكم بصدق يمينه إلى تأييد وضع يده إذا كان موضوع النزاع تحت يده أو الحصول عليه من خصمه إذا كان تحت يد هذا الأخير ؟

فاذا كان من كسب الدعوى هو الحائز ، فانه يحتفظ بالشيء نهائيا ، ويصبح في مأمن من كل دعوى جديدة يرفعها خصمه ، بناء على قاعدة عدم جواز رفع الدعوى مرتين بشأن شيء واحد ( bis de eadem re ne sit actio ) .

أما إذا كان الشيء تحت يد من حكم بكذب يمينه ، فيجب عليه أن يسلمه إلى خصمه ، وإن لم يفعل أو صار رده متعذرا بفعله كأن يكون قد أعدمه ، فالظاهر أنه لا يمكن إجباره مباشرة على إرضاء خصمه عينا . بل كان للمحكوم له الرجوع على الضامنين ، وكان له أيضا أن يطلب إلى البريتور تعيين محكمين ثلاثة يقومون بتقدير قيمة الضرر الذي لحقه من جراء عدم التنفيذ وكان يلزم المحكوم عليه بدفع ضعف قيمة ثمرات الشيء على سبيل العقوبة .



٣٠١ — **عبوب هذه الدعوى** : كان لهذه الدعوى عيوب شتى : (١) فهي معقدة الاجراءت فضلا عن كثرة إجراءاتها التي كان الاخلال بواحد منها يجر معه بطلان الدعوى كلها . فقد كانت توجب على كل من الخصمين إقامة الدليل على ملكيته وفي هذا تعقيد بلا موجب . (٢) وكانت باهظة النفقات ، إذ كان يترتب على الفشل فيها الحكم بالرهان لصالح الحكومة ( ٥٠ أو ٥٠٠ آس على حسب الأحوال ) . ( ٣ ) وأخيرا كان لا يفصل فيها في موضوع الملكية بصفة مباشرة بل يحكم فقط بصدق اليمين أو كذبها .

٣٠٢ — ٢ . **دعوى التعهد الشفوى** (procédure per sponsionem) :  
لذلك هدى العمل إلى إجراء آخر تقوم فيه المطالبة بناء على تعهد شفوى . فيسأل مدعى الملكية خصمه « هل تعدنى بأن تدفع لى مبلغ ١٢٥ آس إذا كان العبد الفلانى ملكى ؟ » ويرد عليه المدعى عليه « إنى أعدك » . وينظر القاضى الدعوى الشخصية المرفوعة بناء على التعهد الشفوى للمطالبة بالمبلغ المتعهد به ، ويحكم فيما إذا كان المدعى يستحق المبلغ المذكور من عدمه .

ويلاحظ وجود مدع واحد ومدعى عليه واحد ، وهو واضع اليد ، فى هذه الدعوى . وذلك لأنه لما نظمت حماية وضع اليد بالأوامر ، صار موضوع النزاع يسلم لمن له من الخصمين حق حماية وضع يده ، حتى يفصل فى النزاع على الملكية . وأصبح واضع اليد فى مركز سلبي فى غير حاجة لإثبات ملكيته حتى يثبت المدعى ملكيته ولكنها كدعوى القسم لا يفصل فيها فى موضوع الملكية بصفة مباشرة .

٣٠٣ — ٣ . **دعوى الملكية التكميلية** (Formula petitoria) : بقى العمل بالطريقة السابقة فى العصر العلمى ، ولكن لما وجد فى أواخر الجمهورية نظام المرافعات الكتابية ، حيث يسمع الحاكم القضائى طلبات الطرفين بصورة عادية وبغير عبارات أو إشارات رسمية ويحيل بعد ذلك الدعوى على حكم بمقتضى برنامج كتابى (formule) يبين له فيه مطالب الخصمين والوقائع التى يحققها وما يحكم به إذا ثبتت هذه الوقائع ، تقول لما وضع هذا النظام صارت ترفع دعوى

الاسترداد أيضاً في صورة دعوى ملكية ، وأصبح الحكم يصدر فيها لتعيين المالك من الطرفين لا الكاذب منهما في يمينه . وكانت صيغتها تحكيمية إذ كان البريتور يذكر في البرنامج الخاص بها ، وذلك بعد تعيين الحكم الذي يفصل في موضوع الدعوى ، ما يأتي :

« وإذ ثبت لك ( أى الحكم ) بأن فلانا ( المدعى ) مالك لكذا ( وهو الشيء المتنازع عليه ) طبقاً للقانون الروماني وإذا لم يرد المدعى عليه الفلاني الشيء فالحكم عليه بالقيمة وإلا ( أى إذا لم يظهر لك ذلك ) فأبرئ ذمته » .

فصيغة دعوى الملكية كما تبين هي صيغة مدنية ( in ius ) أى تستند إلى القانون المدني ، وتحكيمية ( arbitraire ) إذ يعلق الحكم فيها على عدم قيام المدعى عليه بالرد طبقاً لأمر القاضي ، والجزء الخاص فيها بالحكم ( condemnatio ) غير معين بل يترك للقاضي حرية تقديره ، فهو الذي يقدر ما يجب على المدعى عليه رده أو دفع قيمته إلى المدعى ، وأخيراً فإن الحكم فيها دائماً يكون بمبلغ من النقود .

ولم يكن المدعى عليه ملزماً بالدفاع في دعوى الاسترداد ، بل له رفض برنامج الدعوى بترك الشيء المسترد . فإذا أراد الدفاع في الدعوى كان له أن يتعهد ، ومعه ضامنون ، على تنفيذ الحكم وعلى المدعى بعد ذلك أن يثبت ملكيته . بل إن هناك أحوالاً ربما لا يحكم فيها على المدعى عليه ولو أثبت المدعى ملكيته ، وذلك إذا أثبت المدعى عليه بأن له دفعةً من الدفوع التي تجوز له الاحتفاظ بالشيء ، كما إذا كان له وضع اليد عليه بناء على حق رهن حيازي ( exceptio pignoris ) ، أو حق ملكية بريتورية ( exceptio rei venditae ei traditae ) ، أو بناء على أن المدعى لم يدفع له قيمة مصروفاته وإصلاحاته التي أحدثها بالشيء .

فإذا أثبت المدعى ملكيته ولم يكن لدى المدعى عليه شيء من الدفوع المتقدمة كان للقاضي قبل الحكم على المدعى عليه ، أن يطلب إليه ، إذا كان الشيء تحت يده ، أن يردده ومعه ملحقاته . فإن رفض المدعى عليه رد العين حكم عليه بمبلغ التعويض الذي يقدره اندعى يمينه . إنما للقاضي إذا تبين له أن المدعى قد غالى في تقديره ، أن ينقصه إلى الحد

النفقول . وبذلك أصبح رد الشيء إلى صاحبه ، هو الغرض المباشر من الحكم ،  
إنما ترك تنفيذ ذلك إلى إرادة المحكوم عليه .

٣٠٤ — ٤ . دعوى الاسترداد في عهد هوستيان : بقي العمل بنظام  
الرافعات الكتابية حتى القرن الثالث من الميلاد ، حيث حل محله نظام الرافعات  
الإدارية . فصارت تنظر الدعاوى في دور واحد أمام الحاكم القضائي وهو موظف  
يعين من قبل الإمبراطور ، ويتولى بنفسه نظر الدعوى وتحقيقها والحكم فيها ،  
ويقوم أيضاً بتنفيذ حكمه بمعونة رجال السلطة العامة .

فبمقتضى هذا النظام الجديد كان يحكم القاضي برد الشيء ، ويصير تنفيذ حكمه  
بالرد (jussus restituendi) بمعونة رجال الحكومة قهراً عن إرادة المحكوم  
عليه ما دام ذلك ممكناً ، بأن كان الشيء تحت يده ؛ فإذا تعذر الرد عيناً ، إما لهلاك  
الشيء أو لتصرفه فيه ، فإنه يحكم عليه بالقيمة والتعويض ، ويصير التنفيذ بهما على  
أموال المحكوم عليه ، يبيعها بالزاد بمعرفة رجال الحكومة ، حتى يفي ثمنها بالمبلغ  
المحكوم به كما هي الحال في الشرائع الحديثة .

## ٢٤ — في شروط دعوى الاسترداد

هذه الشروط على أنواع ثلاثة ، فبعضها يتعلق بالشيء المتنازع عليه ، وبعضها  
يتعلق بالدعى ، وبعضها خاص بالدعى عليه .

٣٠٥ — ١ . الشروط الخاصة بموضوع النزاع : يجب أن يكون الشيء  
رومانياً مادياً ، ومتميزاً عن غيره . فدعوى الاسترداد لا تشمل في القديم الأشياء  
غير النفيسة . وهى لا ترفع المطالبة بشئ ، معنوى كحق عيني آخر غير حق الملكية  
أو حق شخصى . وكذلك لا يصح رفعها لاسترداد مبلغ من النقود إلا إذا كانت  
النقود استردة منفصلة ومتميزة عن غيرها بأن كانت في كيس مختوم ، وكذلك  
لا يجوز استرداد حجر كريم مركب في خاتم إلا إذا فصل عنه ابتداء بدعوى  
مستقلة (actio ad exhibendum) .

٣٠٦ - ٢ . الشروط الخاصة بالمدعى : يجب أن يكون المدعى رومانيا أو في حكمه ، وأن يكون غير واضح يد على ما يطالب به ، وإلا كان له حماية حيازته بنظام الأوامر .

٣٠٧ - ٣ . الشروط الخاصة بالمدعى عليه : لا يشترط ، كما في دعوى القسم ، أن يدعى المدعى عليه الملكية ، بل يكفي أن ينكر هذا الحق على المدعى . إنما يشترط فيه أن يكون واضعاً يده ( possesseur ) على الشيء المتنازع عليه ، حتى إذا ما خسر الدعوى أمكنه رد الشيء إلى المدعى .

إلا أنه منذ العصر العلمى ، أمكن رفع دعوى الاسترداد على الحائز ( détenteur ) أيضاً كالمستأجر مثلاً . ولكن قد يهمل الحائز في الدفاع فيحكم بالملكية لمدعيها ، وبذلك يضار المالك الظاهر ، لأنه يلزم في حالة ما إذا أراد استرداد ملكه من المدعى في الدعوى الأولى أن يثبت ملكيته ، بعكس ما إذا رفعت عليه الدعوى من أول الأمر بدلا من رفعها على الحائز ، فإنه كان يتمتع بمركز سلبي حتى يثبت المدعى ملكيته . لذلك تقرر في عصر الامبراطور قونستنتين ( حوالى ٣٣٢ م ) على الحائز في المثال المتقدم ، أن يخطر المالك الظاهر بدعوى الاسترداد المرفوعة حتى يتمكن من الدفاع عن حقه .

وقد أجاز جوستينيان رفع دعوى الاسترداد على غير الحائز في حالتين :

١ — إذا كان المدعى عليه قد أخرج المال من حيازته بسوء نية قبل رفع اندعوى ، بأن تصرف فيه أو أهلكه أو هجره .

٢ — إذا قبل رفع الدعوى عليه واستمر فيها باعتباره واضح اليد ، بقصد تضليل المدعى عن الحائز الحقيقي حتى يكتسب هذا الأخير الملكية بمضى المدة .

ويقال للمدعى عليه في الحالتين المتقدمتين الحائز الصوري ( ficti possessores ) ويكون الغرض من رفع الدعوى عليه هو عقابه على غشه وتدليس .

### § ٣ — موضوع دعوى الاسترداد

تؤدى دعوى الاسترداد فى صورتها الأخيرة إلى ضمان رد الشئ إلى المدعى فى حالة إثبات الملكية قهراً عن المدعى عليه إذا كان ذلك ممكناً بأن كان الشئ موجوداً تحت يد المدعى عليه ، أو إلى دفع قيمته إذا تعذر الرد عينا بأن تصرف فيه أو أهلكه مضافاً إلى ذلك ملحقات الشئ وثماره . وقد يترتب عليها علاوة على ما تقدم الحكم على المدعى عليه بتعويض عن هلاك الشئ أو تلفه الناشئ عن فعله أو خطئه ، كما أن المدعى عليه نفسه له أن يستخدم دعوى الاسترداد الرفوعة عليه المطالبة بتعويضه عن الصروفات التى يكون قد أنفقها فى المحافظة على الشئ أو إصلاحه .

وسندرس تباعاً كلا من الموضوعات المتقدمة .

٣٠٨ — رد الشئ : كان يتم رد الشئ فى العصر العلمى تحت نظام المرافعات الكتابية تنفيذاً لتحكيم القاضى ( arbitrium ) . فهو الذى كان يعين المدعى عليه ما يجب عليه رده وطريقة الرد . فإذا لم يكن المدعى عليه مالكا وقت الاشهاد على الخصومة ، ولم يكتسب الملكية فى أثناء نظر الدعوى بمضى المدة المقررة قانوناً للتقادم ، فإن القاضى يأمره بنقل وضع اليد على الشئ إلى المدعى . أما إذا اكتسب الملكية بالتقادم فى أثناء نظر الدعوى أمره القاضى ، مستنداً إلى وقت الاشهاد على الخصومة ، بنقل ملكية الشئ إلى المدعى بالطريقة المناسبة لذلك كالأشهاد مثلاً إذا كان الشئ نفيساً .

أما فى عهد جوستينيان ، وقد زال التمييز بين الأموال النفيسة والغير نفيسة ، فكان القاضى يقضى بملكية المدعى للشئ ذاته .

٣٠٩ — الثمرات : أما فيما يتعلق بالثمار التى يجب على المدعى عليه ردها أو دفع قيمتها ، فكان القانون الرومانى فى عهد جوستينيان يفرق بين الثمار التى فصلت قبل زمن الاشهاد على الخصومة ( litis contestatio ) ، وبين التى فصلت بعده ،

وبين واضع اليد بحسن نية وواضع اليد بسوء النية (وتقدير حسن النية هنا أو سوء النية إنما يكون بالنظر إلى وقت الفصل لا وقت بدء وضع اليد) .

١ — ففما يتعلق بالثمار المفصولة بعد زمن الاشهاد على الخصومة ، فان القانون لا يفرق بين واضع اليد حسن النية وواضع اليد سيئ النية ، بمعنى أن كلا منهما يلزم بردها أو دفع قيمتها لعلهما باحتمال الحكم عليهما برد الشيء . ولا فرق في ذلك بين الثمار التي جنت بالفعل وبين التي كان يجب جنتها ، وكذلك لا فرق بين الثمار المستهلكة فعلا وبين الثمار الباقية .

٢ — أما فيما يتعلق بالثمار المفصولة قبل زمن الاشهاد على الخصومة ، فانه يجب التفرقة بين واضع اليد حسن النية وواضع اليد سيئ النية . فالأول كقاعدة عامة يملك هذه الثمار بمجرد انفصالها فلا يلزم بردها ، إلا أن جوستينيان قيد هذا الحكم بشرط استهلاكها ، بمعنى أن واضع اليد حسن النية يلزم برد الثمار الباقية . أما الثاني (واضع اليد سيئ النية) فحكمه أنه يلزم برد جميع الثمار أيا كانت أو بدفع قيمتها .

٣١٠ — التصريح عن الهلاك الجزئي أو التلف : كذلك قد يسأل المدعى عليه عن هلاك الشيء الجزئي أو تلفه ، وذلك مع التفرقة بين ما إذا كان الهلاك الجزئي أو التلف قد حدث بعد الاشهاد على الخصومة أو قبله . ففي الحالة الأولى يسأل المدعى عليه عن هذا الهلاك أو التلف سواء أنشأ عن غشه أم خطئه بل ولو نشأ عن حادث جبري ، إذ بانعقاد الدعوى صار مهدداً باحتمال ظهور أنه غير مالك فيجب عليه أن يعنى كل العناية بحفظ الشيء المتنازع عليه . إنما يعنى من هذه المسئولية ، إذا أثبت أن الشيء كان هالكا على أي حال ولو كان تحت يد المدعى ، كما إذا هلك الشيء في كارثة عامة ، كغرق شمل بلد المدعى والمدعى عليه مثلا .

أما إذا هلك الشيء أو تلف قبل الاشهاد على الخصومة ، فلا يسأل واضع اليد عن ذلك إذا كان حسن النية ، ويسأل عنه إذا كان سيئ النية وكان الهلاك أو التلف ناشئاً عن غش منه أو عن خطئه .

٣١١ — استرداد المصروفات : إذا أنفق المدعى عليه من ماله على الشيء لحفظه أو إصلاحه فله مطالبة المدعى بما صرف . ويفرق جوستنيان بين المصروفات الضرورية (impenses nécessaires) والمصروفات النافعة (impenses utiles) ومصروفات الزخرفة أو الزينة (impenses voluptuaires) .

فالمصروفات الضرورية هي التي صرفت لحفظ الشيء وصيائه بحيث لولاها لهلك الشيء . ويجوز للمدعى عليه المطالبة بها كلها ، وهذا بدون تفرقة بين واضح اليد حسن النية وواضح اليد سيئ النية ، لأنه لو كانت العين تحت يد المالك لا اضطر لأجرائها حيث هي لازمة لصيانة ملكه .

والمصروفات النافعة هي التي تزيد في قيمة الشيء كالبناء مثلا . وهذه يجوز للمدعى عليه المطالبة بها إذا كان حسن النية ، وذلك بقدر ما زاد بسببها في قيمة الشيء (plus-value) ، بشرط أن لا يزيد ذلك عما صرف حقيقة . أما إذا كان سيئ النية فلا حق له في المطالبة بها ، إنما له حق الإزالة (jus tollendi) بشرط عدم الضرر .

أما نفقات الزخرف والزينة فلا يلزم بها المدعى ، لأنها كاليات تعمل عادة لمتعة واضعها ، وله أن يأخذ منها ما يمكن نزعها بغير تلف .

ويلاحظ أن على واضع اليد إن أراد أن يتمسك بحقه في المصروفات المتقدمة أن يطالب بها في أثناء نظر الدعوى بطريق الدفع . فإذا رد الشيء قبل قبض المصروفات التي يستحقها فقد فقد حقه فيها ، إذ ليست له دعوى بالمصروفات بل كان عليه أن يحبس الشيء تحت يده حتى يوفيه المدعى ما يستحقه من هذه المصروفات .

## المبحث الثاني

### في دعوى الانكار ( L'Action Négatoire )

٣١٢ — موضوعها : هي دعوى عينية ( in jus ) مدنية ( in rem ) يرفعها

المالك على الغير ، الذى مع عدم منازعته في ملكية الأول للملك يدعى بأن له حق ارتفاق عليه ، بنفى حق الارتفاق المذكور وإثبات أنه المالك لكل العين وألا حق للغير فيها في انتفاع أو حق مرور الخ .

هذه الدعوى تحمى حق الملكية بأكمله ، فهي تشترك مع دعوى الاسترداد في ذلك . وهي تماثلها من حيث إجراءاتها وأحكامها ، فكانت ترفع تحت نظام الدعاوى القانونية ( legis actiones ) بطريق دعوى القسم العينية ، ثم بطريق الدعوى الشخصية المبنية على التعهد الشفوى ، ثم في العصر العلمى بطريق دعوى الملكية التحكيمية . وكذلك يتبع فيها من حيث الموضوع أحكام دعوى الاسترداد .

ولما تختلف عن دعوى الاسترداد من بعض الوجوه :

١ — فبينما دعوى الاسترداد لا يجوز رفعها إلا من المالك غير الحائز ، فإن دعوى الانكار يجوز رفعها من المالك ، ولو كان واضعاً يده على ملكه بأكمله ، أى ولو لم يكن الغير يستعمل فعلاً حق الارتفاق الذى يدعيه .

٢ — كذلك يختلف أمر القاضى ( arbitrium ) إلى المدعى عليه عند ثبوت دعوى المالك في كل من الدعويين . ففي دعوى الاسترداد يكون أمر القاضى دائماً بالرد ، وهذا بخلاف الحال في دعوى الانكار ، إذ قد يكون بالرد كما في حالة المنتفع الذى تكون العين تحت يده فعلاً ، وقد يكون وهو الغالب بالزام المدعى عليه على التعهد باحترام ملكية المدعى وعدم التعرض له .

٣ — وأخيراً تختلف الدعويان من حيث ماهية الإثبات الملقى على عاتق المدعى ، وهي مسألة اختلف فيها الشراح في دعوى الانكار ، وذهبوا فيها لمذاهب ثلاثة .<sup>(١)</sup>

---

(١) انظر جيار طبعة سنة ١٩٢٩ ، من ٣٧٤ هامش ٤



فيري المذهب الأول ، وهو المجمع عليه تقريباً في فرنسا ، بأنه يجب على المالك أن يقيم الدليل على ملكيته ويثبت خلو ملكه من كل حق عليه للغير . وأما المذهب الثاني ، وهو الراجح في ألمانيا ، فإنه لا يطلب من المالك سوى إثبات ملكيته فقط ، فإن فعل افترض خلو ملكه من كل الحقوق العينية عليه ، ولزم إذن على المدعى عليه أن يثبت الحق الذي يدعيه . ويفرق المذهب الثالث بين حالتين : حالة ما إذا كان المالك يحوز العين بأكملها ، أى ما إذا كان الغير لا يستعمل فعلاً الحق الذي يدعيه ، وحالة ما إذا كان المالك يحوز العين مقيدة باستعمال الغير فعلاً للحق المذكور ففي الحالة الأولى لا يلزم المالك بأكثر من إثبات ملكيته ، وعلى المدعى عليه إثبات الحق الذي يدعيه ؛ وفي الحالة الثانية يجب على المالك فوق إثبات ملكيته نقي حق الغير على ملكه . وهذا الرأي الأخير ، مع كونه مؤيداً من النصوص ، يخالف نظرية القانون الروماني القائلة بعدم جواز وضع اليد على حقوق الارتفاق .

### المبحث الثالث

#### في الدعوى البريتورية لحماية الملكية

( L'action Publicienne )

٣١٣ — تاريخها : تنسب هذه الدعوى إلى أحد الحكام القضائيين اسمه (Publicius) ، وهو الذي أدمج صيغتها (formule) في المنشور البريتوري (l'Edit) . ولكن لا يعلم تاريخ ظهورها بالضبط ، على أنه مما لا شك فيه أنها لاحقة لظهور صيغة دعوى الملكية إذ هي صورة منها ، سابقة على عهد الفقيه (Sabinus) إذ الظاهر أنها كانت معلومة لديه<sup>(١)</sup> .

وقد فقدت هذه الدعوى في عهد جوستنيان جزءاً كبيراً من مجال تطبيقها ، لزوال حالات الملكية البريتورية التي كانت تحميها ، وخصوصاً حالة من يكتسب

---

(١) انظر جيرار، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٣٧٥ هامش ٢ .

مالاً نفيساً بطريق التسليم . ونعلم من دراستنا السابقة كيف زال في عصر جوستنيان تقسيم الأشياء إلى نفيسة وغير نفيسة ، وكيف صار التسليم الطريقة الاختيارية الوحيدة لنقل الملكية بالنسبة لجميع الأشياء .

٣١٤ — **صيغتها** : ويمكن استخلاص صيغتها من نص من النصوص المحقة لجايوس ( Gaius IV, 36 ) يقرر منح هذه الدعوى لمشتري حصل على الشيء بطريق التسليم ، ثم فقد وضع يده قبل إتمام مدة وضع يده المكسب ، وهاك صيغتها : « إذا كان الشيء الذي اشتراه المدعى ، والذي حصل عليه بالتسليم يجب اعتباره ملكاً له طبقاً للقانون الروماني مع اقتراض وضع يده عليه مدة سنة . الخ » .

٣١٥ — **خصائصها** : يمكننا أن نستنبط من الصيغة المتقدمة خصائص هذه الدعوى . فهي دعوى عينية ( in rem ) مدنية ( in ius ) وصورية ( fictice ) إذ ترفع بصيغة دعوى الاسترداد مع اقتراض أن المدعى أتم مدة وضع اليد المكسبة للملكية . فهي تفترض حينئذ توافر الشروط اللازمة للتقدم من جانب المدعى ما عدا المدة القانونية ، فيجب لاستعمالها أن يكون المدعى قد وضع يده على العين التي يطالب بها بسند صحيح وحسن نية ، ولكن لا يشترط أن يكون قد وضع يده المدة المقررة قانوناً لا اكتساب الملكية ( سنة أو سنتين على حسب الأحوال ) .

على ذلك فالدعوى المتقدمة يمكن استخدامها من كل شخص في طريق اكتساب الملكية بمضى المدة . فهي ممكنة عملاً بالنسبة لفريقين من الأشخاص :

١ — ممن لهم الملكية البريتورية .

٢ — ومن واصل اليد بحسن نية وهم من اكتسبوا الشيء من غير مالكه بحسن نية . وبحسن دراسة هذه الدعوى بالنسبة لكل فريق على انفراد لاختلاف أحكامها بالنسبة لكل .

## ١ — بالنسبة لأصحاب الملكية البريتورية

٣١٦ — من لم استعمالها : تمنح هذه الدعوى للمالك البريتورى الذى فقد وضع يده للمطالبة برد الشيء إليه وتثبتت حقه عليه .

فهي تعطى لمن حصل على شيء نفيس بطريق التسليم وبسند صحيح ، وهي الصورة المهمة للملكية البريتورية . وتعطى أيضا لغيره ممن اكتسبوا الملكية البريتورية وقد أتينا على بعض منهم عند الكلام على نقل الملكية بحكم قضائى .<sup>(١)</sup>

وهي تسمح للمالك البريتورى من استرداد ملكه فى مواجهة كافة واضعى اليد

٣١٧ — **الرفع بالملكية** (exceptio justi dominii) : أما إذا رفع المالك البريتورى دعواه على صاحب الملكية الرومانية ، فلا يكون نصيبه النجاح فى كل الأحوال ، إذ للمالك الرومانى إسقاط دعواه بدفع الملكية (exceptio dominii)

٣١٨ — **الرد برفع النفس أو الشيء المبيع أو السلم** : إنما المالك

البريتورى وسيلة للرد على الدفع المتقدم فى حالة ما إذا كان تسليم الشيء النفيس إليه قد صدر من المالك الحقيق نفسه . فله أن يرد على دفع المالك بالنفس أو بالشيء المبيع والسلم وكأنه يقول له « لقد بعت لى هذا الشيء النفيس ولم أكتسب ملكيته لعدم حصول الاشهاد وإنى مع تسليمى ببقائك مالكا لهذا الشيء إلا أنك سىء النية فى عدم ترك الشيء إلى وقد بعته وسلمته لى » فى هذه الحالة ينجح المالك البريتورى فى دعواه قبل المالك الرومانى الذى باعه الشيء وسلمه إليه .

---

(١) راجع ما تقدم من ٢٠٠ ، ٢٠١ .

## § ٢ - بالنسبة لواضع اليد بحسن نية

( La publicienne du possesseur de bonne foi )

٣١٩ - فائزها بالنسبة لهم : تعطى أيضاً الدعوى المتقدمة (action publicienne) لواضع اليد بحسن نية<sup>(١)</sup> . ولكن كيف تمنح هذه الدعوى لواضع اليد ، وهو لا يعتبر مالكا حتى في نظر القانون البريتوري ؟ ذلك أن واضع اليد بحسن نية ، كمالك البريتوري ، في حالة توصله إلى اكتساب الملكية بمضى المدة ، إذ لا ينقصه لذلك سوى المدة المقررة قانوناً للتقدم فيمكنه إذن من استعمال صيغة هذه الدعوى وهي قائمة على افتراض تمام مدة وضع اليد .

وقد سبق أن درسنا المزايا التي يتمتع بها واضع اليد ، فهو يكتسب الملكية بمضى المدة ، ويكتسب الثمرات ، ويتمتع بمركز المدافع في دعوى الاسترداد المرفوعة عليه من المالك ، وأخيراً له التمتع بأوامر وضع اليد .

وعلى ذلك يمكننا التساؤل عن الفائدة التي يربوها واضع اليد من رفعه دعوى الملكية البريتورية ، ولديه نظام الأوامر يحميه في حالة التعرض لوضع يده أو فقده له ؟

يمكننا الجواب على ذلك بأن نظام الأوامر ، وإن كان سريع الاجراءات ، إلا أنه باهظ النفقات . كما أنه لا يؤدي إلى تأييد حق واضع اليد إلا مؤقتاً ، إذ يترك موضوع الملكية جانباً . ويجب ألا ننسى أن دعوى استرداد الحيازة ، كما انتهت إليها أوامر رد الحيازة في عصر جوستينيان ، مقيدة بمدة سنة ، فلا يكون أمام واضع اليد حسن النية بعد مضي هذه السنة سوى دعوى الملكية البريتورية لاسترداد العين التي خرجت من تحت يده .

---

(١) وإن كان بعض الصراح ، ومنهم ( Brinz ) و ( Appleton ) يعارض في منح هذه الدعوى اليهم ، انظر جيار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٣٧٦ هامش ١ .

وهكذا يمكننا أن نفسر استخدام واضع اليد لهذه الدعوى سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع .  
ولكن إذا كان لواضع اليد حسن النية وسيلة لاسترداد الشيء عند فقد وضع يده عليه ، فإنه لا ينجح دائماً في استرداده ، إذ قد يعترض دعواه بعض الدفوع التي تؤدي إلى إسقاط دعواه . هذه الدفوع هي :

٣٢٠ — ١ . **الرفع بالملكية** ( l'exception Justi dominii ) : فإذا رفع واضع اليد دعواه على المالك الحقيقي الذي عاد إليه ملكه ، فهذا الأخير أن يدفع بملكيته ، وليس لواضع اليد في هذه الحالة أن يرد بالغش أو بالشيء المبيع والسلم ، ويخسر واضع اليد عندئذ دعواه إذا أثبت المالك صحة دفعه أى أثبت أنه المالك الحقيقي .  
مثال ذلك إذا اشترى (أ) من (ب) شيئاً غير مملوك له ، فإن (أ) لا يكتسب الملكية، بل يعتبر فقط واضع يد، ولكن يمكنه اكتساب الملكية بالتقادم . فإذا فقد وضع يده على المبيع قبل تمام مدة التقادم ، وعاد المبيع إلى مالكه الحقيقي (ح) ثم رفع (أ) على (ح) الدعوى البرتورية المذكورة ، كان للمالك وهو (ح) أن يدفع هذه الدعوى بدفع الملكية . ويترتب على هذا الدفع رفض الدعوى ، إذ ليس لدى (أ) ما يرد به عليه .

٣٢١ — ٢ . **الرفع بنظافو السنر** ( l'exception paris bonae fidei possessionis ) : قد يفقد واضع اليد دعواه أيضاً إذا رفعها على واضع يد بحسن نية مثله . إنما يجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا اكتسب الاثنان الشيء من شخصين مختلفين غير مالكين فواضع اليد الحالي منهما هو الذي ينجح في هذه الدعوى .  
مثال ذلك اشترى (أ) من (ب) وهو غير مالك . وفقد (أ) وضع يده على المبيع فيشتريه (ح) من (د) وهو أيضاً غير مالك . فإذا رفع (أ) الدعوى على (ح) مطالباً بإياه برد الشيء إليه كان لهذا الأخير أى (ح) أن يدفع دعوى (أ) بوضع يده ، ويترتب على دفعه هذا أن يفقد (أ) دعواه بناء على القاعدة المشهورة

« عند تكافؤ السند يفضل واضع اليد » (in pari causa melior est possidentis) . فكلاهما في مركز مساوٍ للآخر ، إذ كل منهما واضع يد بحسن نية ، وإنما يمتاز واضع اليد الفعلي بوضع يده ، ولذلك يحتفظ به .  
الحالة الثانية : إذا اكتسب الشيء من شخص واحد غير مالك ، فإن واضع اليد الأول منهما هو الذي يفوز في الدعوى المذكورة ، إذ له الدفع بالأسبقية (l'exception rei primo venditae et traditae) .

يمكننا أن نستنبط مما تقدم أن واضع اليد لا ينجح في دعواه البريتورية إلا في مواجهة واضع يد أضعف مركزاً منه سواء أكان من الوجهة القانونية أم من وجهة وضع اليد .

٣٢٢ — الدعوى البريتورية في عهد جوستنيان : فقدت هذه الدعوى كثيراً من أهميتها في عصر جوستنيان . فقد كانت تستخدم كوسيلة لحماية الملكية البريتورية وخصوصاً في حالة نقل شيء نفيس بطريق التسليم ، وهي حالة زالت بزوال التفرقة بين الأشياء النفيسة والأشياء غير النفيسة .

وصار مجال تطبيقها مقصوراً على واضعي اليد بحسن نية . هذا ويقول جوستنيان بجواز استعمال هذه الدعوى البريتورية من المالك الروماني (propriétaire quiritaire) بدلاً من دعوى الاسترداد ، إذ هي أسهل من الأخيرة من حيث الإثبات<sup>(١)</sup> .

وهكذا صارت أهمية الدعوى التقدمية محدودة في عصر جوستنيان وهي غير موجودة في قانوننا الحاضر . فليس لواضع اليد الآن دعوى ملكية (action pétitoire) بل له فقط استعمال دعاوى وضع اليد (actions possessoires) .

---

(١) انظر في علاقة الدعوى البريتورية بدعوى الاسترداد في القانون الفرنسي . (Appleton) المجلة العامة للقانون ، سنة ١٩٢٣ ، ص ١٥٤ — وكولان وكابيتان ، الجزء الأول ، نبذة ٩٦٤ .

## الباب الثاني

### في الحقوق العينية المقررة على مال الغير

( Jura in Re Aliena )

هي حقوق عينية ، أى واقعة مباشرة على الشيء مثل حق الملكية ، ولكنها تختلف عنها فى أنها مقررة على عين مملوكة للغير ، ولذلك يطلق عليها عبارة ( jura in re aliena ) . هذه الحقوق كانت محدودة العدد فى القديم ، ثم صار عددها وثيراً فى عهد جوستينيان .

فحقوق الارتفاق وحدها هى التى ترجع إلى عهد القانون القديم . وربما رجعت إلى نفس التاريخ الذى ظهرت فيه الملكية الفردية . ويظهر هنا أيضاً ، كما فى باب الملكية ، ذلك التمييز بين طريقة اكتساب الحق وسند اكتسابه ، فالارتفاق المجرد لا يكفى لإنشاء حق ارتفاق ، بل لابد من طريقة ( mode ) لإنشاءه ، إلا أن هناك استثناء خاصاً بحقوق الارتفاق الإقليمية ، فقد تنشأ بالاتفاق وحده ، وكذلك الحقوق العينية البريتورية والأمبراطورية ، وهى الرهن غير الحيازى ( hypothèque ) والاستقرار ( superficie ) والحكر ( emphytéose ) وإجارة الأراضى الخراجية ، فإنها تنشأ أيضاً بمجرد الاتفاق بدون حاجة إلى طريقة خاصة .

وسندرس تبعاً هذه الحقوق فى فصلين : الأول فى حقوق الارتفاق ، والثانى فى باقى الحقوق العينية الأخرى .

---

# الفصل الأول

## في حقوق الارتفاق

(<sup>(١)</sup> Les servitudes)

حق الارتفاق يمكن تعريفه بأنه حق عيني مقرر على مال مملوك للغير لمنفعة شخص معين أو لمنفعة عقار معين .

نستنبط من ذلك أن حقوق الارتفاق عند الرومان تنقسم إلى قسمين .

١ - حقوق ارتفاق عينية (servitudes réelles) وهي التي تطابق حقوق الارتفاق كما نفهمها الآن ، أي تكاليف مقررة على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر ، كحق المرور وحق الشرب .

٢ - وحقوق ارتفاق شخصية (servitudes personnelles) وهي المقررة لمنفعة شخص معين . وتشمل حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق استخدام العبيد أو الحيوان . وسندرس :

أولاً - تاريخ حقوق الارتفاق .

وثانياً - أنواع حقوق الارتفاق ومفرداتها .

وثالثاً - طرق إنشائها واكتسابها .

ورابعاً - أسباب زوالها .

وخامساً - وسائل حمايتها .

---

(١) راجع : Destrais Propriété et servitudes en droit romain, 1885, pp 254-491.



## المبحث الأول

### في التطور التاريخي لحقوق الارتفاق

٣٢٣ — **هقوق الارتفاق العينية الزراعية** : كانت أول حقوق الارتفاق التي ظهرت بروما هي حقوق الارتفاق الزراعية ، أى المقررة لمنفعة الأراضى الزراعية وهي المسماة (servitutes praediorum rusticorum) كحق المرور وحق الشرب وهي موجودة حتى وقتنا الحاضر .

ويذهب بعض شراح القانون المدني إلى اعتبار حق الارتفاق جزءاً من حق الملكية ، نشأ بفصل المالك منفعة عن حقه لاعطائها إلى مالك آخر . إلا أن هذا رأى ، مع أنه يقبل النقد من الوجهة النظرية البحتة ، غير صحيح من الوجهة التاريخية . إذ من الثابت أن حق الارتفاق لم ينشأ من طريق المنح من المالك ، وإنما كان كأثر من آثار استغلال الأراضى ، وقت أن كانت الملكية جماعية (propriété collective) ؟ فمئذ ما وزعت هذه الأراضى كنتيجة لظهور نظام الملكية الفردية ، دعت الضرورة إلى تقرير حقوق ارتفاق لمصلحة بعض العقارات على البعض الآخر لامكان الاستمرار فى الانتفاع بها كما فى القديم .

وقد نصت الألواح الاثنا عشر على أهم الارتفاقات الزراعية كحق المرور والشرب والمجرى ، ولكنها لم تذكر بخصوصها عبارة الارتفاق . ذلك أن فكرة الارتفاق ، باعتباره تكليفاً مقررأ على عقار مملوك للغير ، لم تكن قد عرفت بعد . بل كان المتنفع بحق الارتفاق يعتبر مالكا للجزء الذى ينتفع به ، فصاحب حق المرور مثلاً مالك للممر ، وصاحب حق الشرب مالك للمجرى أو المسقى الخ . ثم ميز الرومان بين الحق ذاته ، وهو شئ معنوى ، والشئ محل الحق والمملوك للغير . وبذا أمكن القول بأن حق الارتفاق هو حق (res incorporalis) مقرر لعقار على عقار آخر . ويقال للعقار المنتفع من حق الارتفاق العقار المخدم (fonds

( dominant أو المرتفق ، ويسمى العقار المقرر عليه العقار الخادم (fonds servant) أو المرتفق به .

٣٢٤ — ظهور حقوق الارتفاق العينية البنائية : كانت حقوق الارتفاق الزراعية هي حقوق الارتفاق الأولى التي عرفت في روما . غير أنه لما أعيد إنشاء روما بعد تدميرها من رجال الغال عند غزوهم لها في سنة ٣٩٠ قبل الميلاد ، ظهرت حقوق ارتفاق جديدة لمنفعة العقارات البنية ، وتعرف حقوق الارتفاق هذه بالمدنية أو البنائية ( servitutes praediorum urbanorum ) . إذ شيدت المباني الجديدة متلاصقة وبمحيطان مشتركة مما دعا إلى تقرير حقوق ارتفاق على بعضها لمنفعة البعض الآخر كحق المظل وحق الاستناد وحق المسيل الخ .

٣٢٥ — ظهور حقوق الارتفاق الشخصية : وأخيراً ظهرت في القرن السابع لروما حقوق ارتفاق جديدة على مال الغير ، وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق استخدام العبيد . ويسمى جوستينيان حقوق الارتفاق للشخصية ( servitutes personarum ) لأنها مقررة لمنفعة شخص . وهي حقوق عينية كحقوق الارتفاق العقارية .

٣٢٦ — صفات عامة لحقوق الارتفاق : لماذا أطلق جوستينيان على هذه

التكاليف المقررة لمنفعة شخص معين عبارة الارتفاق ؟

سميت كذلك لأن لها صفات مشتركة مع حقوق الارتفاق العينية :

١ — فجميعها حقوق عينية ، فحق الارتفاق الشخصي كحق الارتفاق العيني ، مسلط مباشرة على مال مملوك للغير ، ونافذ على كل حائر لهذا الشيء ، ومحى بدعوى عينية تتبع العين أينما كانت . ويترب على ذلك أن لصاحب حق الارتفاق أن ينتفع بالعقار الخادم ، أو أن يمنع إجراء شيء معين عليه ، ولكن ليس له أن يطلب إلى مالك العقار الخادم أن يفعل أمراً ما . وهو ما يعبر عنه بقولهم ( servitus in faciundo consistere non potest ) . فهذا المبدأ مشترك بين حقوق الارتفاق العينية والشخصية .

٢ — وهي حقوق عينية مقررة على مال الغير ، فلا يمكن أن يكون لشخص حق ارتفاق على ماله . وهو ما يعبر عنه بقولهم ( *Nemini res sua servit* ) .

٣٢٧ — **أوجه الاختلاف بين حقوق الارتفاق العينية والشخصية :** إلا أن هناك اختلافات هامة بين النوعين يمكن حصرها فيما يأتي :

١ — حقوق الارتفاق العينية رابطة بين عقارين ، العقار الخادم والعقار المخدم ، أو هي مقررة على عقار مملوك لشخص آخر .

بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية فهي مقررة لمنفعة شخص معين .

٢ — حقوق الارتفاق العينية لا تكون إلا على عقار ، بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية ، فقد تكون في بعض الأحوال على منقول .

٣ — حقوق الارتفاق العينية — وهي علاقة بين عقارين — دائمة كحق الملكية مادام العقاران . فينتفع بها جميع الملاك المتابعين للعقار المخدم ، ويتحملها جميع الملاك المتابعين للعقار الخادم .

بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية ، فهي غير دائمة بطبيعتها ، بل هي موقوفة على الأكثر بوفاة صاحبها .

## المبحث الثاني

في أنواع حقوق الارتفاق وملحقاتها

§ ١ — **حقوق الارتفاق العينية ( *Les servitudes prédiales* )**

٣٢٨ — **تعريفها ومصاصتها :** حق الارتفاق العيني حق عيني مقرر على

عقار ، ويقال له العقار الخادم ، لمنفعة عقار آخر يقال له العقار المخدم .

يترتب على ذلك : ١ — أنه لما كان حق الارتفاق العيني رابطة بين عقارين

كان لا بد من التصاق العقارين ( *causa naturalis* ) حتى يمكن استعماله . وقد

( ١٥ — قر )

كانت هذه القاعدة مطلقة في القانون القديم ، إذ لم يتصور في هذا العصر قيام حق ارتفاق بين عقارين غير متصلين . ثم استبعدت هذه القاعدة بالنسبة لحقوق الارتفاق البنائية ، فأمكن فيما بعد تقرير حق المثل بين عقارين يفصلهما ميدان أو حديقة .

٢ — حق الارتفاق العيني مقرر لمصلحة عقار لا لمصلحة شخص معين .

يترتب على ذلك أن حق الارتفاق العيني يتكون من منفعة تزيد في قيمة العقار المخدم ، لا من منفعة شخصية لملك هذا العقار . فحق إجراء المياه في ملك الجار ، أى الأرض المجاورة ، يمكن أن يكون محلاً لحق ارتفاق . أما حق الصيد الذى يكون لشخص على عقار فلا يكون موضوعاً لحق ارتفاق .

٣ — حق الارتفاق العيني حق دائم أو أبدى ما دام العقاران ( *causa perpetua* ) .

٤ — كذلك لا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن العقار ، فلا يجوز بيعه أو إيجاره أو رهنه أو حجزه مستقلاً .

٥ — وهو حق غير قابل للتجزئة . فإذا قسم العقار الخادم أو المخدم على عدة شركاء ، فكل منهم يلتزم في نصيبه بالحق كله ، وينتفع به كله . وكذلك إذا كان العقار مملوكاً لعدة أشخاص ، فلا يجوز تقرير حق ارتفاق عليه من غير رضا جميع الشركاء في الملك .

٣٢٩ — التمييز بين حقوق الارتفاق العينية الزراعية والبنائية :

سبق أن بينا أن حقوق الارتفاق العينية نوعان : زراعية وبنائية . ولكن ما هو أساس التمييز بينهما ؟

ترجع هذه التفرقة إلى شكل العقار المخدم . فحقوق الارتفاق البنائية هي المقررة لمنفعة عقار مبنى ، ولو لم يكن بالمدن . أما حقوق الارتفاق الزراعية فهي المقررة لمنفعة عقار غير مبنى ، ولو كان كائناً بالمدينة . فحق الارتفاق الواحد قد يكون في بعض الأحوال بنائياً إذا كان مقرراً لمنفعة عقار مبنى ، وقد يكون بذاته زراعياً إذا كان مقرراً لمنفعة عقار غير مبنى <sup>(١)</sup> .

(١) راجع جيفار ، طبعة سنة ١٩٣٤ ، الجزء الأول ، ص ٤١٠ هامش ٥١

لهذه التفرقة أهمية خاصة في القانون الروماني ، إذ كان يعتبر حق الارتفاق الزراعي دون البنائي من الأشياء النفيسة ، كما أنهما يختلفان من حيث أسباب زوالهما كما سيأتي بعد .

### ٣٣٠ — أهم حقوق الارتفاق الزراعية : حقوق الارتفاق الزراعية

كقاعدة عامة حقوق إيجابية ، بمعنى أنها تستلزم للارتفاع بها قيام صاحب العقار المخدم بأفعال مادية على العقار الخادم ، ولا تقتصر على منع صاحب العقار الخادم من القيام بعمل معين بملكه . وأقدم هذه الحقوق هي الآتية :

١ — حق المرور وكان أنواعاً ثلاثة : ١ — ( iter ) ويسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلاً أو راكباً ٢ — ( actus ) ويسمح لصاحبه عداً ما تقدم أن يمر بمواشيه أيضاً ٣ — ( via ) ويشمل عداً ما تقدم أن يمر بعرباته .

ب — وحق المجرى ، أى إجراء المياه في أرض الجار المجاورة لرى الأرض منها ( aquae ducendae ) . ثم نشأ بعد ذلك حق سقي السواب الزراعية على أرض الغير ، وحق رعيها في مرعى الغير ، ثم حق أخذ رمال أو أحجار أو أشجار من أرض الغير أو غابته لاستخدامها في أرضه .

### ٣٣١ — حقوق الارتفاق البنائية : قد تكون إيجابية أو سلبية .

وهاك أهمها :

حق تصريف المياه المنزلية بأرض الجار ( cloaca ) وهو أقدم حقوق الارتفاق البنائية . ثم نشأت حقوق جديدة لم يمكن تصور نشوئها إلا بعد أن استبدلت بالمباني القديمة التي كانت على دور واحد مبان مكونة من عدة أدوار ، ومنها حق الاستناد ( servitude d'appui ) فوق حائط الجار أو تركيب ألواح السقف فيها ، وحق المثل ( servitude de vue ou de jour ) وهو حق التمتع بالنظر والنور ويستلزم عدم البناء من الجار ، وارتفاع عدم التعليل ( servitus altius non tollendi ) ، وحق تصريف مياه الأمطار على مباني الجار .

## § ٢ — حقوق الارتفاق الشخصية

( Les servitudes personnelles )

هي حقوق عينية مقررة لمنفعة شخص على مال مملوك لشخص آخر . فهي حقوق مؤقتة . وكما يمكن تقريرها على عقار يمكن تقريرها أيضا على منقول . وهي محصورة العدد ، وقد حصرها الامبراطور جوستنيان في أربعة : ( ا ) حق الانتفاع ( ب ) حق الاستعمال ( ح ) حق السكنى ( د ) حق استخدام العبد أو الحيوان . وقد زال النوع الأخير ( حق استخدام العبد والحيوان ) من القوانين العصرية وبقيت حقوق الانتفاع والسكنى والاستعمال ، ولكن لا باعتبارها حقوق ارتفاق بل كحقوق عينية

### ١ — حق الانتفاع ( L'usufruit )<sup>(١)</sup>

٣٣٢ — تعريفه : يمكن تعريفه بأنه حق استعمال شيء مملوك للغير والتمتع بشمراته بشرط استبقاء عينه .

فهو يشمل حق الاستعمال ( jus utendi ) أو ( l'usus ) ، وحق أخذ الثمرات ( jus fruendi ) أو ( le fructus ) ، دون حق التصرف ( jus abutendi ) أو ( l'abusus ) .

٣٣٣ — مصادره : ١ — هو حق عيني ، فعلاقة المنتفع مع المالك تختلف كل الاختلاف عن علاقة المستأجر والمالك . فالمنتفع ، كالمستأجر ، له الانتفاع بالشيء وأخذ ثمراته . ولكن حق المستأجر شخصي ، والعلاقة الناشئة بينه وبين المالك

---

(١) راجع كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٣٢ و ٣٤١ — ومقال ( Masson ) المنشور في مجلة تاريخ القانون ، سنة ١٩٣٤ ، ص ٨ — ٤٨ و ١٦١ — ٢١٨ — ومقال ( Bückland ) المنشور في مجلة ( Law Quarterly Review ) ، سنة ١٩٢٧ ، ص ٣٢٦ — ٣٤٨

علاقة شخصية ، أى علاقة التزام ؛ وعلى خلاف ذلك لا يوجد ، كقاعدة عامة أى التزام بين المالك والمتفع ، إذ للمتفع حق عيني على الشيء مباشرة .

٢ — حق الانتفاع حق مؤقت ، فهو موقوف كقاعدة عامة بحياة المتفع ، وغير قابل للتصرف فيه ، فلا يجوز للمتفع التصرف فيه ، إنما يجوز له التنازل عن استعماله مدة حياته .

يترتب على ذلك أن المتفع إذا أجر الشيء ثم توفى قبل انتهاء الاجارة ، فإن الاجارة يقف أثرها بوفاة المتفع . ولا يخفى ما فى ذلك من الغبن على المستأجر الذى يكون قد تحمل نفقات كثيرة بقصد تهيئة العقار للاستغلال .

٣ — وأخيراً هو حق قابل للانقسام ، بخلاف حقوق الارتفاق العينية كما قدمنا .

٣٣٤ — الأشياء التى يصح تقرير الانتفاع عليها : يمكن تقرير حق الانتفاع على عقار أو منقول ، ولكن بشرط ألا يكون من الأشياء التى تهلك بمجرد استعمالها . إذ لا يخول الانتفاع للمتفع حق التصرف فى الشيء والاستهلاك نوع من التصرف .

ولكن هذه القاعدة لم تستمر على إطلاقها . فقد صدر فى أوائل الامبراطورية قانون يبيع الوصية بحق الانتفاع على الأموال المثلية ، والنقود التى يتركها الموصى عند وفاته ويقال له شبه الانتفاع ( quasi usufruit ) . ويكون المتفع فى هذه الأحوال مالكا للشيء محل حقه ، فله الانتفاع به باستهلاكه أو التصرف فيه ، ولكنه يلتزم برد مثله أو قيمته عند انتهاء الانتفاع بسبب من أسباب زواله .

كذلك تقرر جواز إنشاء شبه حق انتفاع على مقدار من النقود كدين . والمتفع فى هذه الحالة أن يقبض أقساط الدين وفوائده . وأنه قبض الدين إذا استحق ، وله استغلاله وأخذ غلته ، على أن يرد أصل الدين عند الانتفاع .

٣٣٥ — مفهوم المتفع : ١ — له حق استعمال الشيء وملحقاته . كركوب الدابة أو سكنى الدار .

٢ — له حق استغلال الشيء ، أى جنى ثمراته ، سواء أ كانت طبيعية كثمار الأشجار وتاج الدواب ( دون أولاد الرقيقة ) ، أم مدنية وتشمل كل فائدة يحصل عليها المنتفع من تنازله عن حقه فى أخذ الثمرات سواء يبيعه أو تأجيريه ، كأجرة المنزل أو الأرض الزراعية .

ولما كان حق الانتفاع حقاً شخصياً مقررأ لمنفعة المنتفع ، لم يكن لهذا الأخير حق التصرف فيه ؛ إنما يجب أن نفرق بين الحق ذاته وبين استعماله ، إذ للمنتفع أن يتنازل عن حقه فى أخذ الثمرات لغيره ، سواء أحصل هذا التنازل بموضع أم بدون عوض ، وإنما يبقى حق الانتفاع ذاته متعلقاً بشخصه ، ويستمر المنتفع مرتبطاً بالواجبات المترتبة على الحق المذكور قبل المالك ، وليس له أن يتخلص منها بأى تصرف من التصرفات .

ولما كان المنتفع حائزاً فقط ( simple détenteur ) ، لم يكن له الانتفاع بأوامر وضع اليد ، ولكن سنرى أن البريتور منحه الأوامر المذكورة بطريق التوسع .

٣٣٦ — **عروفه المنتفع بمالك الرقبة -- التزامات المنتفع :** ترجع طبيعة هذه العلاقة إلى طبيعة حق الانتفاع نفسه باعتباره حقاً عينياً ، فهو حق مباشر على الشيء للمنتفع استعماله مستقلاً عن المالك ، فلكل منهما حق مستقل عن الآخر ، للمالك سلطة التصرف فى العين ، وللمنتفع سلطتنا الاستعمال والاستغلال . لذلك كانت هذه العلاقة لا تتضمن أى التزام على أحد الطرفين قبل الآخر<sup>(١)</sup> ومثلها مثل مالكين متجاورين كل منهما وشأنه فى ملكه مع احترام ملك غيره بعدم سرقة أو إتلافه اتباعاً للمبادئ العامة . فلم يكن على المنتفع أن يمتنى بالعين أو يحافظ عليها من الخطر أو الضرر ، وله أن ينتفع بها وألا ينتفع ولو ترتب على إهماله الانتفاع ضرر بالعين .

كذلك لم يكن على المنتفع أن يتكلف مشقة رد العين بالفعل إلى مالكها

---

(١) انظر جيار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٣٩٣ ، هامش ١ .



عند انتهاء حق الانتفاع ، بل له أن يتركها أو يهملها حتى يسمى إليها مالكمها أو يطالب بها .

لذلك تدخل البريتور لعلاج هذه الحالة . فألزم المنتفع بأن يعتنى بالعين عناية رب الأسرة بأمواله ، وأن يتعهد بردها بنفسه عند نهاية حق الانتفاع أو بواسطة ورثته بعد وفاته .

إلا أن هذا الالتزام بالرد لا ينشأ عن حق الانتفاع ذاته ، وإنما عن تعهد المنتفع به ، ذلك التعهد الذى كان يلزمه البريتور به عند تسلمه العين المقرر عليها حقه . وكان يضمنه فى هذا التعهد ضامنون يكفلون رد الشيء عند نهاية الانتفاع به ويقال لهذا التعهد ( *cautio usufructuaria* ) ، وهو مثل للاشتراطات البريتورية ( *stipulations prétorienes* ) . وهكذا نشأت التزامات معينة على المنتفع فى علاقته مع مالك الرقة

هذه الالتزامات المقررة على المنتفع يقررها أيضاً القانون الحاضر ، ولكنها لا تنشأ من اشتراطها على المنتفع عند ابتداء الانتفاع كما فى القانون الرومانى ، وإنما تلزمه بحكم القانون نفسه الذى جمل هذا الاشتراط ضمنياً فى جميع الأحوال .

## ٢ — حقوق الارتفاق الشخصية الأخرى

٣٣٧ — ١ . هو الاستعمال ( *droit d'usage* ) هو حق عيني مقرر على مال الغير ، وشييه بحق الانتفاع مع هذا الفارق ، وهو أن لصاحبه حق الاستعمال ( *jus utendi* ) دون حق الاستغلال ( *jus fruendi* ) . فليس لصاحب الحق أن يستثمر حقه ببيعه أو تأجيريه ولا أن يتصرف فيه بالهبة لغيره ، لأنه حق متعلق بشخصه ومقصود به منفعة الخاصة . غير أنه من الصعب التفرقة بين الاستعمال والاستغلال فى حالة ما إذا كانت العين المقرر عليها الحق المذكور من الأشياء الثمرة ( *choses frugifères* ) . لذلك قضت بعض نصوص القانون الرومانى

بجواز تمتع صاحب حق الاستعمال بجزء من ثمرات العين المقرر عليها حقه ، وذلك بالقدر اللازم له ولأسرته ، حتى يكون لهذا الحق فائدة جديدة<sup>(١)</sup> .

٣٣٨ — ٢ . هو السكنى (droit d'habitation) : هو نوع من حق الاستعمال خاص بالنازل ، ولذلك كان من الصعب التمييز بينهما ، إلا أن فقهاء الرومان فرقوا بينهما من الأوجه الآتية : ( ١ ) حق السكنى بخلاف حق الاستعمال لا يسقط بالموت المدني أو بعدم الاستعمال ؛ ( ٢ ) صاحب السكنى ، وإن كان محروماً من التصرف في حقه بدون عوض كهيبته ، فإن له الكسب منه يبيعه أو إجارته مثلاً .

٣٣٩ — ٣ . هو استخدام الرقيق أو الحيوانات المنزلية (operae) : وينشأ هذا الحق عادة بطريق الوصية لمنفعة الورثة من الأقارب وغالباً الزوجة وهو ، كالحق التقدم ، يتميز عن حق الاستعمال من الوجهين المذكورين ، مضافاً إليهما انتقاله إلى ورثة الموصى به عند وفاته .

## المبحث الثالث

### في طرق إنشاء حقوق الارتفاق أو اكتسابها

بعد أن درسنا تاريخ حقوق الارتفاق وأنواعها ، يصبح أن نبين القواعد الخاصة بطرق اكتسابها . ذلك أن حق الارتفاق في القانون القديم ، كحق الملكية ، كان لا بد لإنشائه من طريقة خاصة بذلك ، ولا يكفي الاتفاق وحده لتحقيق الغرض المذكور ، ولم يستثن من هذه القاعدة سوى حقوق الارتفاق المقررة على العقارات الإقليمية ؛ غير أن هذه القاعدة قد تعدلت في عصر جوستينيان ؛ لذلك سندرس :  
أولاً — طرق اكتساب حقوق الارتفاق في القانون القديم .

ثانياً — طرق اكتساب حقوق الارتفاق الخاصة بالعقارات الإقليمية .

ثالثاً — طرق اكتساب حقوق الارتفاق عموماً في عصر جوستينيان .

---

(١) انظر في حقوق من له حق الاستعمال كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٤٠ .

## (أولاً) طرق اكتساب حقوق الارتفاق في القانون القديم

يمكن إنشاء حق الارتفاق بأحدى طريقتين : إما بطريقة مباشرة بأن يقرره المالك مباشرة على ماله لمنفعة غيره ، كأن يقرر الموصى في وصيته حق الانتفاع على ماله لآخر أو يبيع حق المرور على أرضه لمنفعة جاره ؛ وإما بطريقة غير مباشرة بأن يحتفظ به المالك عند التنازل عن ملكه لشخص آخر ، كأن يبيع أرضه أو يوصى بعقاره إلى آخر مع الاحتفاظ بحق ارتفاق عليه لمصلحته أو لمصلحة ورثته ، أو لمصلحة عقار آخر له .

وتسمى الطريقة الأولى (translatio servitutes) ، أى نقل الحق إلى آخر ويقال للطريقة الثانية (deductio servitutes) ، أى الاحتفاظ بالحق أو نقصه من الملكية التي يتنازل عنها .

٣٤٠ — إنشاء حقوق الارتفاق بطريقة مباشرة (translatio servitutes) يمكن أن يتم ذلك بأحد الأسباب الآتية :

١ — بالدعوى الصورية وذلك باستخدام دعوى الاعتراف (action confessoire) وهي الدعوى المقررة لحماية حقوق الارتفاق بصفة صورية . فيتقدم من يراد إنشاء حق الارتفاق لمصلحته مع المالك أمام الحاكم القضائي ، ويدعى الحق المراد تقريره ولا ينازعه المالك في ادعائه ، فيؤيد الحاكم ذلك .

٣ — بالأشهاد بالنسبة لحقوق الارتفاق الزراعية التي تعتبر وحدها من الأشياء النفيسة ، فإذا لم يستعمل الأشهاد في تقريرها ، لا تنشأ هذه الحقوق في نظر القانون المدني .

٤ — بحكم القاضى (adjudicatio) : في دعاوى قسمة المشاع أو التركة أو فصل الحدود السابق الكلام عليها في باب نقل الملكية بمعرفة السلطة القضائية فللقاضى في الدعاوى المذكورة أن يقرر حق ارتفاق لأحد الخصوم على عقار الآخر .  
يلاحظ على ما تقدم أن طرق اكتساب حقوق الارتفاق محدودة وأقل عدداً

من طرق اكتساب الملكية . فلا يجوز اكتساب حق الارتفاق باستعماله مدة معينة أو بطريق التسليم ؛ ذلك لأن حق الارتفاق على تقيض الملكية حق معنوى ، ومضى المدة أو التسليم يستلزم وضع اليد ، وهو لا يكون إلا على الأشياء المادية ، وحيث لا يمكن وضع اليد على حق الارتفاق ، فلا يمكن اكتسابه بمضى المدة ، أو نقله بطريق التسليم .

٣٤١ - إنشاء حقوق الارتفاق بطريقة غير مباشرة (deductio servitudes) : وهو عبارة عن إنشاء حق الارتفاق تبعاً لنقل ملكية العين المراد تقرير حق الارتفاق عليها كما إذا قسم مالك ملكه إلى قطعتين باع إحداها واحتفظ بالآخرى ، ولكنه يريد أن يقرر لمصلحة القطعة التي احتفظ بها حق ارتفاق بحق مرور مثلاً على القطعة التي تصرف فيها ، فيشترط لمصلحته في العقد الناقل للملكية حق المرور المذكور .

هذه الطريقة غير ممكنة ، كقاعدة عامة ، إلا إذا استخدم لنقل للملكية طريق من الطرق الرسمية كالوصية أو الأشهاد أو الدعوى الصورية .

(ثانياً) طرق اكتساب حقوق الارتفاق على الأراضي الإقليمية

٣٤٢ - اكتساب حقوق الارتفاق الإقليمية بالارتفاق المصحوب بتعهد (pactes et stipulations) : كانت الأراضي الإقليمية معتبرة من الأشياء غير النفيسة ، ولذا كان لا يمكن استخدام الأشهاد أو الدعوى الصورية لإنشاء حقوق ارتفاق عليها ؛ إنما كان يمكن تقرير هذه الحقوق عليها بمجرد اتفاق الطرفين على تقريرها مع تعهد المالك بأن يمكن صاحب الارتفاق من استعمال حقه<sup>(١)</sup> .

---

(١) راجع كوليني ، في مجموعات الأبحاث ، ( Travaux de Perozzi ) ، الجزء الأول ص ١٦١ .

### (ثالثاً) طرق اكتساب حقوق الارتفاق في عهد جوستينيان

لم يبق من طرق القانون القديم سوى الوصية وحكم القاضي ؛ أما الاشهاد والدعوى الصورية ، فقد زالا في عصر الامبراطورية ، واستبدل بالاشهاد كطريقة غير مباشرة لانشاء حق الارتفاق التسليم ، واستبدل بالدعوى الصورية كطريقة مباشرة الاتفاق المصحوب بالتعهد الشفوي الذي عم تطبيقه بالنسبة لجميع الأموال بعد أن كان مقصوراً على الأراضي الاقليمية كما تقدم آنفاً .

هذا — وهو المهم — فقد أمكن اكتساب حق الارتفاق أيضاً بمضى المدة وبطريق التسليم الذي سمي فيما يتعلق بحقوق الارتفاق بشبه التسليم (quasi-traditio)

٣٤٣ — **سب وضع اليد على حقوق الارتفاق** : وقد انتهى الأمر بفقهاء الرومان إلى تقرير إمكان وضع اليد على حق الارتفاق ، فكما أنه يجوز أن يضع شخص يده على ملك الغير بأن يظهر عليه بمظهر المالك ، يجوز أيضاً أن يظهر عليه بمظهر المنتفع أو صاحب حق المرور . وقد جاء ذلك نتيجة لحماية البريتور المنتفع فعلاً بحق الارتفاق بنظام يشبه نظام أوامر وضع اليد ؛ فقد منحه أوامر خاصة فيما يتعلق بحقوق الارتفاق العينية ، وأوامر وضع اليد بطريق التوسع فيما يتعلق بحق الانتفاع .

وسمي وضع اليد في هذه الحالة بشبه وضع اليد (quasi possessio) احتراماً للتفريق القديم بين الأشياء المعنوية والأشياء المادية . وكان من نتيجة جواز اكتساب الارتفاق إجبارياً بمضى المدة أن تقرر اكتسابه أيضاً اختياريًا بشبه التسليم<sup>(١)</sup> .

٣٤٤ — **التقادم الخاص بحقوق الارتفاق** : ويكفي لاكتساب حق الارتفاق بمضى المدة استعماله فعلاً المدة المقررة قانوناً للتقادم ، وهي ١٠ أو ٢٠ سنة

---

(١) انظر مقال كولنيه «La tradition des servitudes dans le droit de Justinien»

المنشور في «Mélanges Cîrard» ، الجزء الأول ، ص ١٨٥ — ١٩٨ .

على حسب الأحوال ، بدون اشتراط السبب الصحيح أو حسن النية ، ولكن بشرط ألا يكون وضع اليد مميماً . أى ألا يكون خفياً أو مستنداً على القوة أو الاكراه .

٣٤٥ — شبه التسليم كطريقة لإنشاء حقوق الارتفاق : يكون ذلك بتوافر أمرين :

١ — الاستعمال (usus) بمعنى أن يستعمل من يقرر له الارتفاق هذا الحق بانفعل .

٢ — وأن يترك المالك صاحب حق الارتفاق يستعمل حقه المذكور . لذلك كانت هذه الطريقة مقصورة على تقرير حقوق الارتفاق الايجابية .

## المبحث الرابع

### في أسباب زوال حقوق الارتفاق

لما كان حق الارتفاق حقاً عينياً مقررّاً في أغلب الأحيان على عقار ، فإنه كقاعدة عامة حق أبدي أو دائم ما دام العقار ؛ ومع ذلك قد يسقط بأحد الأسباب الآتية :

٣٤٦ — ١ . فناء المهرأرطاه الارتفاق : لما كان الارتفاق حقاً عينياً مقررّاً لمنفعة شخص معين أو عقار على مال مملوك للغير فإنه يزول بأحد الأمور الآتية :

(١) بفناء الشخص أو العقار المقرر الارتفاق لمنفعته ؛ فينقضي بهلاك العقار المخدم ، وبموت صاحب الارتفاق الشخصي أو بانقضاء شخصيته مع استثناء حق السكنى واستخدام المبيد أو الدواب فهما لا يسقطان بالموت المدني ؛ ويلاحظ أن الموت المدني لا يترتب عليه هذا الأثر المسقط ابتداء من عهد جوستينيان بالنسبة لحقوق الارتفاق الشخصية الأخرى ، وهي حق الانتفاع والاستعمال ، إلا في درجتيه القصوى والوسطى<sup>(١)</sup> .

(١) انظر جبرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٤٠٣ .

(ب) بقاء المال المقرر عليه الارتفاق ، وذلك بزوال موضوع الحق مادياً أو قانونياً كتغطية البحر للعقار الخادم ، أو موت العبد المقرر عليه حق الانتفاع ، أو بتحويل العقار الخادم إلى مال عام أو شيء مقدس .

(ح) باتحاد الذمة ، كما إذا تملك صاحب الارتفاق العين المقرر عليها حقه . تطبيقاً للقاعدة المشهورة بأنه لا يجوز أن يكون لشخص حق ارتفاق على ملكه (Nemini res sua servit) .

٣٤٧ — ٢ . تنازل صاحب الحق : قديماً كان لا يكتفى التنازل وحده لسقوط حق الارتفاق ، بل كان يجب أن يتم التنازل بطريق رسمي عكسي لطريقة إنشائه . ثم قرر البريتور أن من تنازل عن حقه في الارتفاق لا يجوز له التمسك به ثانية ، بل يجوز دفع دعواه بطلب تثبيت حقه بدفع النش (exceptio doli) .

٣٤٨ — ٣ . حلول الأجل أو تحقق الشرط الفاسخ : كان من الجائز توفيت حقوق الارتفاق الشخصية لأجل أو تعليقها على شرط فاسخ لأنها حقوق في ذاتها مؤقتة . أما حقوق الارتفاق العينية ، فكان حلول الأجل أو تحقق الشرط الفاسخ ، لا يترتب عليه زوالها طبقاً للقانون المدني . ولكن البريتور تدخل هنا أيضاً ، فنجح دفع النش لضمان تنفيذ مثل هذا الاتفاق .

٣٤٩ — ٤ . عدم استعمال الحق : هل يسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال أو بعبارة أخرى إذا لم يستعمل صاحب الارتفاق حقه مدة من الزمن ، فهل يسقط حقه المذكور بالتقادم المسقط ؟

سبق أن بينا عند الكلام على خصائص الملكية أنها حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال ما لم يملكه آخر بمضى المدة . أما فيما يتعلق بحقوق الارتفاق فيجب التفرقة بين أنواعها :

(١) حقوق الارتفاق العينية الزراعية وحق الانتفاع وحق الاستعمال تسقط بعدم الاستعمال ، والمدة اللازمة لسقوطها تطابق المدة اللازمة لتمام الأموال ، أى

سنة في المنقول وستين في العقار . هذا في القانون القديم ، أما في عصر جوستينيان  
فثلاث ستين في المنقول و ١٠ أو ٢٠ سنة في العقار .  
( ب ) أما حق السكنى وحق استخدام العبد والحيوان ، فأنهما لا يسقطان  
بعدم الاستعمال ، فلصاحب حق السكنى في أى وقت يشاء أن يدخل المنزل المقرر  
عليه حقه .

( ح ) وأما حقوق الارتفاق العينية البنائية ، فأنها لا تسقط بمجرد عدم  
الاستعمال بل يجب أن يقوم صاحب العقار الخادم بعمل مضاد لحق الارتفاق  
كأحداث بناء يمنع من استعمال حق المثل ، وأن تضى المدة القانونية على هذه  
الحالة . وهذا ما يسمى باكتساب الحرية للعقار الخادم بمضى المدة (usucapio libert-  
atis) . وترجع هذه التفرقة بين نوعي حقوق الارتفاق العينية إلى أن الأولى  
حقوق إيجابية ومتقطعة الاستعمال ، فهي تستلزم لاستعمالها قيام صاحب الحق  
بأعمال مادية إيجابية على العقار الخادم ، كالرور وصيانة المسقى ، وهو لا يكون إلا  
في أوقات متقطعة . ولذا كانت قرينة أو افتراض تنازل صاحب الارتفاق عن حقه  
تبدأ من آخر عمل من أعمال الانتفاع أجراه على العقار وتبدأ سريان مدة التقادم  
من هذا الوقت . أما الثانية ، أى حقوق الارتفاق البنائية ، فهي سلبية  
ومستمرة بمعنى أنها لا تستلزم للانتفاع بها قيام صاحب الحق بأى عمل إيجابي على  
أرض الجار ، بل يستمر الانتفاع بها طالما لم يقوم صاحب العقار الخادم على ملكه  
بعمل مضاد يمنع من هذا الانتفاع . ولذا لا تبدأ قرينة تنازل صاحب حق الارتفاق  
عن التمسك بحقه إلا من هذا الوقت وهو الوقت الذى يبدأ فيه سريان  
مدة التقادم .



## المبحث الخامس

### في وسائل حماية حقوق الارتفاق<sup>(١)</sup>

٣٥٠ — هي القانون الروماني حق الارتفاق ، أسوة بحق الملكية ، بدعوى عينية تابعة للقانون المدني القديم تسمى ( vindicatio servitutis ) وتسمى الآن بدعوى الاعتراف ( action confessoire ) . وهي تشابه في إجراءاتها دعوى الاسترداد مع الاختلافات الآتية :

١ — الفارق الأول يرجع إلى الفكرة القديمة الخاصة بعدم إمكان وضع اليد على الارتفاق . وهو أن دعوى الملكية لا يمكن رفعها إلا على الحائز ، أما دعوى الاعتراف بحق ارتفاق فلا يشترط فيها هذا الشرط ، بل يكفي أن يكون رافعها مدعيا حق ارتفاق وأن ينفي المدعى عليه هذا الحق .

٢ — الفارق الثاني يتعلق بسلطة القاضي . ذلك أن الدعوى بحق ارتفاق ، كدعوى الاسترداد ، كانت دعوى تحكيمية . إلا أن أمر القاضي كان يختلف في الدعويين ، فبينما يكون دائما بالرد أو بدفع القيمة في دعوى الاسترداد كما قدمنا آنفا ، يكون في الغالب بالزام المدعى عليه في دعوى الاعتراف على التعهد بواسطة ضمان ألا يتعرض لصاحب حق الارتفاق في استعمال حقه ، وقد يكون ، وهذا في أحوال نادرة ، برد الشيء إلى أصله ، كإعادة المجرى الذي هدم أو هدم البناء الذي سد المنظر على صاحب حق المثل .

---

(١) انظر مقال ( Buckland ) ' The protection of servitudes ' المنشور في مجلة

( Law Quarterly Review ) سنة ١٩٣٠ ، ص ٤٤٧ — ٤٦٤ .

# الفصل الثاني

## في الحقوق العينية الأخرى

لا تنشأ هذه الحقوق العينية من طرق خاصة ، بل هي نتيجة اتفاقات تحصل بين المتعاقدين ، وتقرب كلها ما عدا الرهن غير الحيازي من عقد الاجارة .

٣٥١ — عقد الاجارة لمدة قصيرة : الاجارة معروفة في القانون الروماني منذ العصر العلمي . ولا ينشأ عنها ، كقاعدة عامة ، أى حق عيني ، بل هي منشئة لالتزامات فقط بين المتعاقدين . فاللئجر يلزمه تسليم الشيء المؤجر ، والمستأجر يلزمه دفع الأجرة . وليس للمستأجر حق عيني . وقد جرى العرف في روما على تأجير الأراضى لمدة خمس سنين جرياً وراء عرف حكام الرومان الذين كانوا يتولون تأجير أراضى الدولة للمدة المحدودة بها ولايتهم ، وهى خمس سنوات . وكانت عقود الاجارة حتى نهاية عهد الجمهورية قصيرة الأجل .

٣٥٢ — ظهور عبارات لإعمال طويلة ومستمرة لحقوق عينية : كان من آثار الفتوح الرومانية أن ظهرت أملاك شاسعة تستدعى لاستغلالها أساليب جديدة وآجالاً طويلة لاجارتها . فكان من نتيجة ذلك أن ظهرت اتفاقات من نوع جديد ترتب للمستأجر حقاً عينياً على الأراضى المؤجرة إليه .

١ — نظام الاستقرار ( La superficie )<sup>(١)</sup>

٣٥٣ — نشأ هذا النظام من العرف الذى جرت عليه الدولة — التى كانت

---

(١) راجع كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٢٥ — ٣٥٥ . و ( Hajje ) فى رسالته

• Etude sur les locations à long terme et perpétuelles • باريس سنة ١٩٢٦ .

ص ١٣٢ — ١٣٥ . ص ١٥٨ — ١٥٩ .

نصبح طبقاً للقواعد العامة مالكة للمباني المقامة على أراضيها العامة — بترك هذه المباني لبانيها على سبيل الاجارة لمدة لا نهاية لها ما داموا يدفعون لها جعلاً سنوياً يقال له (salarium) . مثال ذلك المباني التي كان يقيمها الصيارفة لمباشرة عملهم على الأملاك العامة للدولة في الأسواق والميادين . هذا النظام كان متبعاً أيضاً في البلديات التي كانت تؤجر للأفراد لمدة طويلة أرضاً فضاء للبناء عليها .

وأخيراً اقتبسنا الأفراد في معاملاتهم العقارية منذ العصر الجمهورى . وقد تدخل البريتور لتنظيم الاجارات الأخيرة ، أى المتعلقة بمعاملات الأفراد فيما بينهم ، باجراءين متتابعين كان من أمرها أن تميز حق الاستقرار عن حق المستأجر العادى . ذلك أنه منح صاحب حق الاستقرار أمراً (interdit de superficie) لدفع كل تعرض من الغير له في استعماله لحقه نقلاً عن أمر دفع العرض (interdit uti possidetis) الممنوح لواضع اليد . ثم وعده في منشوره بمنحه ، كلما دعت الضرورة ذلك ، الدعاوى الأخرى التي قد يحتاج إليها وبالأخص دعوى لاسترداد العين المقرر عليها حقه من يد أى شخص كان حتى من يد المالك ذاته أو أحد خفافائه . ومنحه كذلك دعاوى مقررّة على تعطى دعاوى الانكار والاعتراف .

وكان من أثر ذلك أن اعتبر حتى الاستقرار من الحقوق العينية ، وجعل لصاحبه الحق في التصرف فيه بعد وفاته أو حال حياته ، وفي رهنه أو تقرير حقوق ارتفاق عليه ، أو اكتساب حقوق ارتفاق لمنفعة العين المقرر عليها حقه . إلا أن هذا لم يمنع من احتفاظ هذا النظام ببعض أحكام ترجع إلى صفته الأولى باعتباره عقد إجارة . فكما أن عقد الاجارة عقد رضائى يتم بمجرد الاتفاق فكذلك حق الاستقرار وهو حق عينى ينشأ بالاتفاق المجرد ، وهو كمقد الاجارة يتضمن حتماً مقطوعاً مميّناً (salarium) يجب دفعه إلى المالك ، وينقضى كالاجارة أيضاً بهلاك المقار وبعدم دفع الأجرة أو الأتاوة خلال عامين .

## ٢ — إجارة الأراضي الخراجية ( *Conductio agri vectigalis* )

٣٥٤ — وفي أوائل الامبراطورية ظهر نظام آخر بالنسبة للأراضي الصالحة للزراعة المملوكة للدولة أو للمدن أو للأوقاف والجماعات الدينية . وهو استئجار الأراضي المذكورة لمدة لا نهاية لها أو لأجل بعيد (مائة سنة أو أكثر) مع دفع خراج (ضريبة سنوية) للمالك .

هذه الاجارات ، كمقد الاجارة العادية ، كانت تنعقد بمجرد التراضي ، وكانت تتضمن دفع جعل معين وتخضع كقاعدة عامة للأحكام العادية للاجارة . ولكن لمتها الطويلة قد جعل للمتفع بها مركز خاص متميز عن مركز المستأجر العادي . فهو كالمالك يكتسب الثمرات بانفصالها لا يجنيها كما هو الحال بالنسبة للمستأجر . ويتمتع بأوامر وضع اليد ( *interdits possessoires* ) . وقد منحه البريتور ، عدا هذه الأوامر ، دعوى عينية على نسق دعوى الاسترداد ، مما دعا إلى اعتبار حقه من الحقوق العينية ينتقل إلى ورثته بعد وفاته ويجوز له التصرف فيه حال حياته وتقرير حقوق عينية عليه كرهن أو ارتفاق . أما أراضي الأفراد والامبراطور فقد بقيت خاضعة في العصر العلمي لقواعد الاجارة العادية مهما طالت مدة إيجارها .

## ٣ — نظام الحكر ( *Emphytéose* )

٣٥٥ — ثم ظهر بجانب النظام المتقدم نظام ثالث عرف فيما بعد بالحكر . وهو نظام مستمد من التقاليد اليونانية بالنسبة للأراضي الموات أى غير الصالحة للزراعة تؤجر لمدة طويلة بقصد إحيائها وغرسها وزراعتها في مقابل جعل زهيد يسمى « قانون » ( *canon* ) . وكان هذا النظام في الأصل مقصوراً على أموال الامبراطور ثم جرى الأفراد على استخدامه أيضاً فيما بينهم قبل عهد جوستينيان بقليل . يؤيد ذلك قانون الامبراطور ( *Zénon* ) ( ٤٧٤ — ٤٩١ م ) قنص من إصداره حل

الخلافاً الذى قام بين فقهاء الامبراطورية على طبيعة هذا الاتفاق ، أهو بيع أم إجارة ، وذلك باعتباره عقداً مستقلاً بذاته ( sui generis ) ، يجب فيه الفرض ( canon ) المعين فى الاتفاق بالرغم من هلاك العقار جزئياً ويسقط فى حالة الهلاك الكلى .

#### ٤ - إصلاحات جوستينيان

٣٥٦ . وقد أدمج جوستينيان النظامين الأخيرين فى نظام واحد سماه بالحكر ( emphytéose ) ، سواء أكان على أرض صالحة للزراعة أم غير صالحة وسواء أكان على أراضى الدولة أم الأفراد . وصارت له صفات حق الإجارة على الأراضى الخراجية من حيث أنه حق عيني ينتقل إلى ورثة صاحب الحكر ويصح التصرف فيه وتحميه دعوى الاسترداد والأوامر . وأضاف إلى الأحكام المتقدمة أحكاماً جديدة ، منها أنه يسقط بعدم أداء الضريبة ( canon ) مدة ثلاث سنوات ، وأنه يجب على صاحب الحكر إذا أراد بيع حقه أن يخطر المالك حتى يختار فى مدة شهرين أخذ الأرض لنفسه بالثمن المعروض أو المصادقة على البيع واقتضاء ٢ ٪ من الثمن .

ويرى بعض الباحثين أن هذا الحكر ، كما هذبه جوستينيان ، هو أصل النظام الاقطاعى الذى ساد خلال القرون الوسطى فى أوروبا ، حيث استبدلت بالضريبة النقدية خدمات حربية يؤديها صاحب الحكر فى صفوف المالك .





